Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

Ano 41 - nº 216 - Abril a Junho de 2020



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

Ano 41 - nº 216 - Abril a Junho de 2020

Expediente

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

Ano 41, n. 216

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. 216(2020) - . - Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2020 -.

Trimestral
Continuação de: Revista trimestral de jurisprudência - n.1 (1979) - n. 170. (2009).
ISSN 2177-6040

1. Jurisprudência - Mato Grosso do Sul. 2. Poder Judiciário - Mato Grosso do Sul. 3. Tribunal de Justiça. I. Titulo.

CDD 340.68171

Elaboração

Secretaria Judiciária
Departamento de Pesquisa e Documentação
Coordenadoria de Acervo, Jurisprudência, Legislação e Memória
Parque dos Poderes - Bloco 13
CEP 79.031-902 - Campo Grande - MS
Telefone: (67) 3314-1388
E-mail: jurisprudencia@tjms.jus.br

Capa

Secretaria de Comunicação

Composição

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Diretoria

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

Tribunal Pleno (ordem de antiguidade)

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte
Des. João Maria Lós
Des. Divoncir Schreiner Maran
Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges
Des. Paschoal Carmello Leandro
Des. Julizar Barbosa Trindade
Des. Carlos Eduardo Contar
Des. Sérgio Fernandes Martins
Des. Sideni Soncini Pimentel
Des. Dorival Renato Pavan
Des. Vladimir Abreu da Silva
Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
Des. Fernando Mauro Moreira Marinho
Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso
Des. Marco André Nogueira Hanson
Des. Ruy Celso Barbosa Florence
Des. Marcos José de Brito Rodrigues
Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques
Des. Eduardo Machado Rocha
Des. Marcelo Câmara Rasslan
Des. Amaury da Silva Kuklinski
Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva
Des. Vilson Bertelli
Des. Odemilson Roberto Castro Fassa
Des. Nélio Stábile
Des. Paulo Alberto de Oliveira
Des. Alexandre Bastos
Des. José Ale Ahmad Netto
Des. Jairo Roberto de Quadros
Des. Geraldo de Almeida Santiago
Des. Jonas Hass Silva Júnior
Des. Emerson Cafure
Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz
Desª. Elizabete Anache
Des. Zaloar Murat Martins De Souza
José Eduardo Neder Meneghelli – Juiz designado
Lúcio Raimundo da Silveira – Juiz subst. em 2º grau
Luiz Antônio Cavassa de Almeida – Juiz subst. em 2º grau
Waldir Marques – Juiz subst. em 2º grau

Sumário

Expediente 002

Composição 003

Sumário 004

Convênio 005

Doutrina 006

Jurisprudência Cível 029

Jurisprudência Criminal 489

Noticiário 827

Índice Onomástico 865

Índice de Assuntos 871

CONVÊNIO

DIRETORIA DA ESMAGIS 2019-2020



DES. VILSON BERTELLI
Diretor-Geral



JUIZ ALESSANDRO CARLO MELISSO RODRIGUES
Diretor de Ensino



JUIZ ALEXANDRE CORRÊA LEITE
Tesoureiro

No ano de 2016, a Escola Superior da Magistratura do Estado de Mato Grosso do Sul (ESMAGIS), tendo como Diretor-Geral à época o Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, celebrou convênio com o Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN), representado pela reitora Dra. Rosa Maria D'Amato de Dea, com o intuito de implantar, junto à ESMAGIS e em concomitância com o curso de Preparação à Magistratura, a formação em pós graduação lato sensu em Teoria do Estado, Relações Privadas e Processo.

Desta parceria de grande sucesso, sucederam diversas obras jurídicas como trabalhos de conclusão de curso. Com o propósito de disseminar o conhecimento e fomentar o aprendizado, a Revista Trimestral de Jurisprudência passa a publicar alguns destes artigos.



Doutrina





ANDREA BULGAKOV KLOCK

Advogada, Pós-Doutoranda em Direito e Fronteira - Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD. Doutora em Geografia - Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD, Mestre em "Ciência Jurídica" pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Coordenadora Pedagógica do ensino à distância do Centro Universitário da Grande Dourados - UNIGRAN. Professora orientadora de graduação e pós-graduação do ensino presencial e à distância. Avaliadora pelo INEP/MEC. https://orcid.org/0000-0002-3612-9098

LEI MARIA DA PENHA: E OS DEZ ANOS DE SUA APLICAÇÃO

Luana Maria Yumiko Martins

Resumo: Tal tema foi escolhido em razão da importância da Lei e de seus dez anos de aplicação, abordando não só as controvérsias, mas também seu contexto histórico e cultural, com breve relato sobre a triste história de Maria da Penha Maia Fernandes, sobre Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a finalidade da lei, sua constitucionalidade e o julgamento da ADI 4.424 E ADC 019. A pesquisa visa evidenciar os dispositivos que ainda encontram barreiras em suas aplicações, se tornando impraticáveis, textos mortos da lei, discorrendo sobre direitos trabalhistas da mulher agredida previstos no artigo 9º da norma. Analisa as adversidades encontradas nos dispositivos que têm mais de uma interpretação, sem posicionamento unânime dos operadores do direito, resultando na polemização do tema, como a reparação de danos morais proferidos na sentença criminal sem necessidade de dilação probatória, imunidades previstas nos artigos 181 e 182 do Código Penal em crime de violência patrimonial previsto na Lei Maria da Penha. A base da pesquisa foram as fontes doutrinárias e jurisprudenciais, com elevado apoio de Bianchini (2013), Sanches e Pinto (2014), Dias (2015), Castro (2016), Flores (2015), Jesus (2012), Lima (2016), Nicollit (2014), Pinho (2015), Zacarias (2013). Encerramos com a exposição da pesquisadora sobre o trabalho e sua relevância, com apontamentos de medidas que devem ser adotadas pelos operadores de direito, o Estado e a Sociedade, a iniciar com a sensibilização e conscientização sobre o tratamento dado a mulher e seu histórico em casos de agressão no âmbito domestico, tudo isto com fim de acabar com a discriminação que é dada a ela, garantindo tratamento igualitário para homens e mulheres, com destaque de que a atuação da sociedade é a maior arma no combate a discriminação de gêneros.

Palavras-Chave: Lei Maria da Penha, constitucionalidade, controvérsias, inefetividade, mecanismos de combate.

Abstratic: This theme was chosen because of the importance of the law and its ten years of implementation, addressing not only the controversies, but also their historical and cultural context, with a brief account about the sad Maria da Penha Maia Fernandes' story, Inter-Rights Humans, the purpose of the law, its constitutionality and the judgment of ADI 4424 and ADC 019. The research aims to highlight the devices that still have barriers in their applications, making it impractical, dead texts of law, discoursing on labor rights of assaulted women provided for in Article 9 of the law. Also as the adversities found in devices that have more than one interpretation, no unanimous position of law operators, resulting in the subject polemics, such as the repair of cast moral damages in the judgment criminal without probative delay, immunities provided in Articles 181 and 182 from the Penal Code

in patrimonial violence crime under the Maria da Penha Law. The base of the research were doctrinal and jurisprudential sources with high support Biancchi (2013) Sanches and Pinto (2014), Dias (2015), Castro (2016), Flowers (2015), Jesus (2012), Lima (2016) Nicollit (2014), Pine (2015), Zacharias (2013). We ended this with the exposure of the researcher on the work and its relevance to the appointment of measures to be adopted by law operators, the State and society, to begin with awareness of the women's treatment and their history of domestic aggression cases, all this to finish the discrimination that is given to them, ensuring equal treatment for men and women, especially that the societies act is the greatest weapon in the fight against genres discrimination.

Keywords: Maria da Penha Law, constitutional controversies, ineffectiveness, combat mechanisms.

1. INTRODUÇÃO

O compromisso do Brasil em combater a violência doméstica e discriminação contra mulher existe desde ratificações de convenções internacionais, contudo, tais acordos não garantiam a igualdade dos gêneros, contribuindo para isto, o histórico- cultural da sociedade brasileira, resultando em desvantagem de tratamento da mulher em relação ao homem.

O marco da Lei advém da triste história de Maria da Penha Maia Fernandes, cujo nome intitula a referida lei e do relatório emitido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que cobra ações do Brasil para combater esse tipo de violência.

Além da exposição acima, a obra relata sobre pontos controversos e inexequíveis da Lei nº 11.340/2006.

No item 2 trataremos sobre a Lei Maria da Penha - LMP, sua origem e finalidade, com breve relato sobre a história da Senhora Maria da Penha Maia Fernandes.

Logo em seguida, no item 3, discorreremos sobre as polêmicas da norma, falando sobre a constitucionalidade e o julgamento da ADI 4.424 e ADC 019, com posicionamento do STF, destacando as circunstancias que justificaram a edição da norma.

Neste mesmo item será tratado sobre a reparação de danos proferidos na sentença criminal sem oitiva do ofendido (*inaudita altera par*), usando como fonte artigos e jurisprudência, em especial o artigo publicado pela Dra. Ana Lara Camargo de Castro, Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul.

Seguem, ainda, tópicos referentes à violência patrimonial e às imunidades previstas nos artigos 181 e 182 do Código Penal, à inexequibilidade da garantia **à** mulher de prioridade na remoção quando servidora pública e à manutenção do vínculo trabalhista em caso de afastamento, se apoiando a fontes doutrinárias, especialmente dos doutores Maria Berenice Dias, Alice Bianchini, Rogério Sanches Júnior e Ronaldo Batista Pinto.

O trabalho finaliza no item 4, com indicações de mecanismos capazes de mitigar a violência do gênero.

2. LEI MARIA DA PENHA

2.1 Origem da Lei

A Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, ganhou esse título em razão da violência sofrida por Maria da Penha Maia Fernandes, sobre a qual uma das agressões resultou na perda dos movimentos das pernas, sendo agressor o seu próprio marido.

Seu marido, um economista, respondeu processo criminal iniciado em 1984, sendo condenado em 2002 pela pratica do crime contra sua esposa. Entretanto, em vista da progressão do regime, após o cumprimento de menos 1/3 da pena, foi posto em regime aberto.

O caso chegou ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos que emitiu relatório, abarcando o fato típico, a inércia do Estado, o processo judicial e sua ineficácia, além de recomendações ao Estado, como o pagamento de uma indenização para a vítima e adoções de medidas para banir a violência doméstica contra mulher.

Esse relatório emitido na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher – Cedaw e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, das quais o Brasil participa, incentivaram a discussão sobre violência contra mulher no âmbito doméstico e o advento da referida norma, que foi sancionada em 07 de agosto de 2006 pelo então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva.

2.2 Finalidade da Lei Maria da Penha

A promulgação da Lei Maria da Penha foi impulsionada pelas recomendações internacionais, sendo marco o Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Não obstante, o contexto histórico e cultural da sociedade também contribuiu para sua promulgação.

Para Bianchini (2014):

> O PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – apontou mais uma vez a inexistência de uma única nação onde a igualdade de gênero seja completa. De acordo com o PNUD, a desigualdade de gênero continua a ser um dos principais obstáculos ao desenvolvimento humano e, apesar de meninas e mulheres terem feito grandes avanços desde 1990, a equidade de gênero ainda não foi alcançada. Com demasiada frequência, mulheres e meninas são vítimas de discriminação em matéria de saúde, educação, representação política, mercado de trabalho, entre outras situações que repercutem negativamente para o desenvolvimento de suas capacidades e para a sua liberdade de escolha.

A exposição de seus motivos e finalidade vem expressas no artigo 1º, que estabelece:

> Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Portanto, a lei não só visa mitigar a violência sofrida pela mulher e a impunidade lançada aos seus agressores, como também, em razão de fatores históricos, busca consolidar a isonomia entre os gêneros, garantida no artigo 5º, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988- CF/88, que prevê tratamento igual aos iguais, e diferente aos diferentes. Logo, por força constitucional, na medida em que nos deparamos com atitudes machistas, com atos de submissão e apoderamento da mulher pelo homem, inescusável é a tutela diferenciada dada pelo Estado.

Diz ainda Bianchini que (2013, p. 243):

> (...) as experiências vividas em cada uma das situações (violência de homem contra mulher e violência de mulher conta o homem) são, quase no total das vezes, bastante diversas, mostrando-se muito mais institucionalizadas, frequentes, reiteradas, intensas, permanentes, intimidatórias, brutais e de consequências irreversíveis quando a vítima é do sexo feminino.

Este é o escopo da LMP, permitir a igualdade de fato entre homem e mulher, com discriminação positiva, se justificando em razão das circunstâncias que envolvem a violência contra a mulher, quais sejam: a vulnerabilidade física da mulher em relação ao homem e as desvantagens e discriminações históricas sofridas.

3. DOS PONTOS CONTROVERTIDOS E DA INEFETIVIDADE DA NORMA

A Lei nº 11.340/2006 foi sancionada no ano de 2006, e a partir daí, surgiram as discussões sobre a constitucionalidade da norma, polêmicas e impraticabilidades de seus dispositivos.

Prestes a completar dez anos, a lei ainda possui em seu texto dispositivos controversos e inefetivos.

Neste capítulo trataremos sobre estes dispositivos, iniciando com a principal polêmica da norma: sua constitucionalidade.

3.1 Constitucionalidade da norma e o julgamento da ADI 4.424 E ADC 019

Em que pese o assunto sobre a constitucionalidade da norma já ter posicionamento firmado no Supremo Tribunal Federal, ainda sim, merecem comentários os motivos que ensejaram tal polêmica.

A discussão sobre a constitucionalidade da norma surge em razão dos direitos e garantias fundamentais dispostos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, especificamente o inciso I, que diz:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
>
> [...]

A partir deste dispositivo, iniciou-se a discussão sobre a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, por ser uma lei especial que tutela somente mulheres em situação de violência doméstica, infringindo o direito de igualdade de gêneros com tratamento diferenciado para homens e mulheres.

Acontece que a sociedade não tratava as mulheres iguais aos homens, mas sim de forma inferior. A discriminação em razão da condição de mulher é histórica, visível inclusive em nosso ordenamento jurídico, pois, há pouco tempo, nos deparávamos com uso de termo "mulher honesta" no Código Penal, "o marido é o chefe da sociedade conjugal" previsto no antigo Código Civil e a alteração de mulher capaz para relativamente capaz após celebração do casamento.

Em razão disto, surge a necessidade de tutela estatal para garantir a igualdade de gêneros.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a constitucionalidade da norma, através do julgado da ADIN n.4.424 e da ADC nº19, vejamos parte do texto da ADC nº 19:

> AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 19 DISTRITO FEDERAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO. **O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira.** ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em **julgar procedente a ação declaratória para declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha** –, nos termos do voto do relator e por unanimidade,

> em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas. Brasília, 9 de fevereiro de 2012. MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR- grifamos

Dados sobre o quantitativo da violência contra mulher aparecem no Mapa da Violência Doméstica (2015) demonstrando que o número de vítimas de agressão por alguém conhecido é quase o dobro do de vítima masculina: 1,8% masculina contra 3,1% feminina, e, ainda (2015, p.68 e 72):

> Dos 4.762 homicídios de mulheres registrados em 2013 pelo SIM, 2.394, isso é, 50,3% do total nesse ano, foram perpetrados por um familiar da vítima. Isso representa perto de 7 feminicídios diários nesse ano, cujo autor foi um familiar. 1.583 dessas mulheres foram mortas pelo parceiro ou ex-parceiro, o que representa 33,2% do total de homicídios femininos nesse ano. Nesse caso, as mortes diárias foram 4.
>
> [...]
>
> Segundo dados da OMS, nossa taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres, em 2013, nos coloca na 5ª posição internacional, entre 83 países do mundo.(...)A taxa de homicídios femininos do Brasil, de 4,8 por 100 mil, resulta 2,4 vezes maior que a taxa média internacional. São claros indicadores de que nossos índices são excessivamente elevados, considerando o contexto internacional.

De acordo com os dados do Dossiê Mulher 2016 (2016, p.28), através de mapeamento no Estado do Rio de Janeiro feito pelo Instituto de Segurança Pública deste Estado, mais de 40,0% dos casos de tentativa de homicídio contra mulheres resultaram de violência doméstica, e:

> O que se observa na violência física contra mulheres adultas é que a indicação de companheiros e ex-companheiros como autores está diretamente relacionada com a gravidade da agressão e as chances de sobrevivência das vítimas. Ou, dito de outra forma, mulheres que sobrevivem às agressões sofridas têm a chance de indicar o autor, e, nestes casos, os companheiros assumem percentuais significativos: 56,1% dos responsáveis por lesões corporais e 41,7% das tentativas de homicídio. Assim, os 15,8% de companheiros e ex-companheiros autores de homicídio doloso de mulheres mostram a prevalência de motivação passional e relacionada ao gênero, nesses crimes.

Este mesmo dossiê (2016, p.28) traz uma tabela obtida através do ISP com base em dados da PCERJ com total de vítimas de homicídio doloso segundo sexo das vítimas e relação entre acusado e a vítima – 2015 (valores percentuais):

TABELA 1:

Vítimas de homicídio doloso	%Total	%Homens	%Mulheres
Relação acusado-vítima	100,0	100,0	100,0
Companheiros	1,2	0,5	9,0
Conhecidos	5,6	5,0	12,1
Ignorado	93,2	94,5	78,9

Fonte: ISP com base em dados da PCERJ

Além do tratamento diferenciado que é dado pela sociedade à mulher, contribuiu também para o advento da lei a vulnerabilidade da mulher em relação ao homem e o elevado índice de agressões cometidas por pessoas conhecidas contra mulheres, fazendo-as necessitarem de proteção diferenciada do Estado, da mesma forma que acontece com os idosos, crianças, adolescentes, negros, e portadores de necessidades especiais.

Desta forma, é evidente a constitucionalidade da norma, não só pelo posicionamento do STF, mas também pela finalidade com a qual foi criada, qual seja, firmar a isonomia entre os gêneros a fim de mitigar o tratamento inferior dado à mulher e garantir a tutela diferenciada em razão da discriminação sofrida pela sociedade e sua vulnerabilidade ante o sexo oposto.

3.2 Reparação de Danos na Sentença Criminal

Esse tema diz respeito à reparação de danos morais proferida pelo juiz na sentença criminal, onde o magistrado ao proferir a sentença, determina o pagamento de uma indenização à vítima em decorrência de dano moral sofrido.

A discussão gira em torno da prova do prejuízo a vítima.

Boa parte dos operadores de direito entendem não ser possível a condenação do agressor ao pagamento de indenização por danos morais sem que este tenha tido a possibilidade de ampla defesa, contraditório e pedido de assistente de acusação. Assim pensa Nicolitt (2014, p. 298):

> Da mesma forma, a doutrina tem caminhado no sentido de que a fixação do valor mínimo independe de pedido expresso de quem quer que seja, pois "o dever de reparar o dano é um dos efeitos da sentença", devendo o juiz fundamentar a sua decisão em "elementos objetivos que o levaram ao valor da condenação". Ousamos dissentir, vez que à luz da Constituição o juiz deve ser imparcial, portanto, inerte, não sendo possível prestar jurisdição sem que haja pedido. Quanto à legitimidade, esta será do assistente habilitado, devendo em todo caso ser observado o contraditório.

Firma mesmo entendimento o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, *in verbis:*

> APELAÇÃO CRIMINAL. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI MARIA DA PENHA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DA LEGÍTIMA DEFESA NÃO CONFIGURADOS. PLEITO DE EXCLUSÃO DA REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO. ARTIGO 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE PEDIDO FORMULADO. AFRONTA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 3.Não havendo pedido expresso nos autos da parte da ofendida ou do Ministério Público, o que impossibilitou o direito ao contraditório, deve ser afastada afixação de valor mínimo a título de reparação de danos morais. (TJ-DF - APR: 20140610099159, Relator: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, Data de Julgamento: 25/02/2016, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 07/03/2016 . Pág.: 208).

Já a Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, Dra. Ana Lara Camargo de Castro (2016), entende ser dispensável a prova do prejuízo, vejamos:

> Com efeito, muitas modalidades de dano moral decorrem diretamente do ato ilícito e são apuradas in re ipsa, eis que dispensada a prova de prejuízo concreto, pois, pela dimensão do ato ilícito suportado pela vítima são presumidos o sofrimento, a dor, o desconforto e o constrangimento. São condutas nas quais o padrão moral médio da sociedade considera inegável e, portanto, evidente o abalo psíquico(...)Dessarte, não há necessidade de dilação probatória para determinar montante conforme classe social do agressor ou da vítima, porque – para reparação mínima da dignidade da pessoa humana – não deve haver diferença entre pobres e ricos ou sábios e incultos. A honra, a carne, a alma e a liberdade da mulher mais humilde devem ter o mesmo valor intrínseco que aquelas da mulher mais abastada, intelectual ou poderosa.

Destacamos que a Lei Maria da Penha previu somente a indenização por danos materiais omitindo-se quanto aos morais. Entretanto, conforme artigo 13 da Lei aplica-se ao processo, ao julgamento e à execução

das causas decorrentes da Lei Maria da Penha o artigo 387, inciso IV do Código de Processo Penal, naquilo que não forem com aquela conflitante, vejamos:

> 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;**
>
> *[...]*
>
> A reparação dos danos vem prevista também em nossa Carta Magna, artigo 5º, inciso V:
>
> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> [...]
>
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
>
> [...]

Portanto, é com base no artigo 387, inciso IV do Código de Processo Penal, alinhada a corrente da Dra. Ana Lara Camargo que firmamos entendimento de que é totalmente cabível sentenciar o agressor ao pagamento de indenização por danos morais à vítima, com fixação *in re ipsa*, pois no caso de violência doméstica, o dano moral sofrido, seja através da agressão física ou psicológica, por si só, resulta em abalo psíquico e violação dos direitos humanos da mulher vitimada, sendo a indenização requisito da sentença penal condenatória.

3.3 Violência Patrimonial

A violência patrimonial vem no artigo 7º da LMP, que a conceitua como:

> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
>
> [...]
>
> IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
>
> [...]

Com este dispositivo surgiram discussões na doutrina, sobre a aplicabilidade das imunidades previstas nos artigos 181 e 182 do Código Penal-CP.

> Art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo:
>
> I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;
>
> II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural.
>
> Art. 182 - Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo:

> I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado;
>
> II - de irmão, legítimo ou ilegítimo;
>
> III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

Para Cunha; Pinto (2014, p.71) somente uma declaração expressa da Lei Maria da Penha teria condão para revogar os dispositivos 181 e 182 do CP, e isto não aconteceu. Bianchini (2013, P.233) também se posiciona favorável à aplicação dos dispositivos.

Já para Berenice (2015, p.76/77*):*

> A partir da Lei Maria da Penha que define a violência patrimonial como violência doméstica, quando a vítima é mulher e mantém com o autor da infração vínculo de natureza familiar, não se aplicam as **imunidades absolutas ou relativas** dos arts.181 e 182 do CP. Não há mais como admitir o injustificável afastamento da pena ao infrator que pratica um crime contra a esposa ou companheira, ou, ainda, uma parente do sexto feminino. Reconhecida com violência patrimonial o ato de subtrair objetos da mulher, tal nada mais é do que furtar. [...]

É de nosso entendimento que não se aplicam as imunidades previstas nos artigos 181 e 182 do CP, eis que os abrandamentos e isenções de penas previstos nos artigos vêm de encontro ao objetivo da Lei nº11.340/2006, qual seja mitigar a violência através de mecanismos de coibição de agressões praticadas contra mulher por pessoa que ela tenha relação intima de afeto, no âmbito doméstico e familiar.

3.4 Direitos Trabalhistas da Mulher Agredida

A Lei Maria da Penha em seu artigo 9º trouxe direitos trabalhistas à mulher agredida, vejamos:

> Art. 9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.
>
> [...]
>
> § 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:
>
> **I - acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta;**
>
> **II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.**
>
> [...]

Acontece que este dispositivo tem eficácia limitada, eis que ausente de regulamentação, não produzindo a plenitude de seus efeitos, dependendo de integração da lei para aplicação. Assim, a discussão, se volta à impraticabilidade do dispositivo, que garante à vítima de violência doméstica a remoção quando servidora pública e manutenção do vínculo trabalhista por até seis meses, quando necessário.

Esse normativo traz garantias, sem regulamentar os meios para assegurá-las, dado que, no caso da remoção de servidoras municipais para outros municípios, este seria impraticável. Da mesma forma quanto à manutenção do vínculo trabalhista sem prestação de serviços pela vítima, não definindo de quem é a responsabilidade de manter financeiramente a vítima, mesmo sem a contraprestação da mesma.

Dias (2015), Cunha e Pinto (2014) são idênticos em dizer que não veem a possibilidade de uma servidora pública municipal ser removida para administração pública de outro município, pois afrontaria a

Constituição Federal que determina a ocupação de cargo somente mediante prévio concurso público, tendo como alternativa viável, a transferência da servidora para secretaria do mesmo ente público (município). Já com relação à manutenção do vínculo empregatício este também seria impraticável, pois, em se tratando de suspensão, a mulher não recebe salário, sofrendo as consequências desse ato, e se tratando de interrupção, quem sofrerá é o empregador, que deverá arcar com o salário da mulher, sem que esta esteja laborando, firmando entendimento de que se trata de suspensão do contrato de trabalho, ficando a empregada afastada do labor utilizando a regra do auxílio-doença, atribuindo ao empregador o pagamento do salário dos 15 primeiros dias e posteriormente a Previdência Social.

Destarte, entendemos que o legislador foi brilhante em tutelar o direito trabalhista da vítima, entretanto, o normativo precisa de regulamentação para ser praticado, uma vez que não pode criar obrigação a terceiro em razão da vitimização da mulher, seguindo a corrente dos ilustres citados acima de que o mais plausível é atribuir à Previdência Social o ônus da manutenção do vinculo trabalhista, pois, tal Autarquia esta inserida na seguridade social que tem como fundamento a solidariedade e age ante mutações econômicas que impedem o indivíduo da capacidade de seu sustento.

4. CONCLUSÃO

Prestes a completar dez anos de aplicação, a Lei Maria da Penha ainda encontra barreiras em sua aplicação, tanto em vista da existência de pontos dúbios, como com relação a dispositivos inexequíveis.

O trabalho faz um breve relato ao histórico da Lei nº11.340/2006, sendo o foco principal, evidenciar os pontos de maiores discussões na doutrina pesquisada, dentre elas, a constitucionalidade da norma, violência patrimonial, as imunidades previstas nos artigos 181 e 182 do Código Penal e a impraticabilidade das garantias trabalhistas, cumprindo com objetivo proposto na obra.

Diante das peripécias, entendemos que as lacunas encontradas podem ser preenchidas com atuação em conjunto do Estado, seus três poderes políticos e a sociedade.

Para isto, requisita-se do Estado adoção de medidas que garantam a igualdade de gêneros, com aperfeiçoando da norma, tornando- a plena,

E mais, por ser a Lei Maria da Penha, uma Lei afirmativa, de discriminação positiva, com vigência temporária, e levando em consideração que a discriminação da mulher é uma construção social cabível de modificação, a atuação de eficácia plena pertence **à** sociedade, com a conscientização da necessidade da igualdade de gêneros, aniquilando as desvantagens sociais, garantindo a fiel igualdade entre homens e mulheres e felizmente, deixando a lei de vigorar em nosso ordenamento jurídico.

Assim finalizamos dizendo que este trabalho foi muito importante para nosso aprofundamento no tema, pois permitiu-nos aclarar a necessidade de atuação não só do Estado, mas de toda sociedade para busca da igualdade de gêneros. Louvamos a edição da Lei, destacando que a proposta do trabalho não é criticá-la, mas sim sensibilizar os operadores do direito, o Estado, o legislador e principalmente a sociedade sobre a desvantagem histórica da mulher em relação ao homem e consequentemente sua discriminação ante a sociedade, para que estes atuem de forma a mitigar a diferença de gênero.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: Lei N.11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. São Paulo: Saraiva, 2013.

BIANCHINI, Alice. Distribuição das realizações entre mulheres e homens: uma análise do índice de Desigualdade de Gênero – IDG. **Instituto Avante Brasil**. Publicado em 19 de novembro de 2014. Disponível em: http://institutoavantebrasil.com.br/distribuicao-das-realizacoes-entre-mulheres-e-homens-uma-analise-do-indice-de-desigualdade-de-genero-idg/. Acesso em: 29 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Publicação em 09 de fev. de 2012. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=199827. Acesso em: 04 maio 2016.

BRASIL. Instituto de Segurança Publica. Dossiê mulher 2016 - Série estudos 2. Rio de Janeiro : 2016. Disponível em http://www.isp.rj.gov.br/Conteudo.asp?ident=169. Acesso em: 27 jun. 2016.

CAMPOS, Amini Haddad; LOPES, Rosa Graciéla de Campos. **Família e Sociedade**: Passo a Passo: Uma perspectiva multidisciplinar. Curitiba: Juruá, 2015.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. Violência do gênero e reparação por dano moral na sentença criminal. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – Boletim 280**. Publicado em março de 2016. Disponível em http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5729-Violencia-de-genero-e-reparacao-por-dano-moral-na-sentenca-penal. Acesso em: 24 abr. 2016.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica**: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha**: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra mulher. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FLORES, Andréa; LOPES, Jodascil Gonçalves. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.
JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte Geral**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM,2016.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Palácio do Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br>. Acessado em: 03 maio 2016.
PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Só português. Disponível em: http://www.soportugues.com.br/secoes/sint/sint53.php. Acesso em: 29 jun. 2016.

WALSELFISZ, Julio Jacobo. Mapa da Violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil. **Mapa da Violência 2015**: Publicado em 2015. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br Acesso em: 04 maio 2016.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho et al. **Maria da Penha**: comentários a Lei Nº11.340-06. São Paulo: Anhanguera Editora, 2013.

O DIREITO DO CONSUMIDOR COMO MICROSSISTEMA MULTIDISCIPLINAR[1]

Laís Ferreira Paulino Borges[2]

Resumo: O presente artigo tem por finalidade maximizar o conceito de consumidor como contexto multidisciplinar, envolvendo todas as relações profissionais seja qual for o ramo do direito, sendo produto ou serviço para uso profissional ou não abrangido pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC. O microssistema do Consumidor regulado pelo CDC foi criado especificadamente para regular a relação de consumo, significando dizer que suas disposições só se aplicam às relações de consumo, excluídas quaisquer outras que contrariarem seus dispositivos. Por se tratar de subsistema, o CDC é multidisciplinar e traz em seu bojo normas de tutela de direito material de ordem civil, penal, processual civil, penal e, ainda, normas de direito administrativo. Dessa maneira, o CDC foi criado para regular por completo todos os aspectos jurídicos das relações jurídicas de consumo, entendendo-se como tal a relação jurídica estabelecida entre o fornecedor e o consumidor objetivando a aplicação de qualquer outra legislação que lhe for contraria. Portanto, quando se trata da proteção outorgada pela Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) quer-se garantir que o cidadão, reconhecidamente vulnerável, seja efetivamente protegido, amparado e tenha suas garantias de preservação da saúde, segurança e melhoria da qualidade de vida assegurada pelo ordenamento legal. Contudo, o direito do consumidor, em que pese ser microssistema de direito, envolve uma relação de consumo, cuja configuração depende da presença de sujeitos (consumidor e fornecedor) e objeto (produto e/ ou serviço).

Palavras-Chave: 1 Direito do consumidor. 2 Relação de consumo. 3 Microssistema Multidisciplinar. 4 Garantia e Proteção Consumidor e Fornecedor.

Abstract: This article aims to maximize the concept of consumer and multidisciplinary approach involving all professional relationships whatever the branch of law, and product or service for professional use or not covered by the Consumer Defense Code - CDC. The microsystem Consumer regulated by the CDC was created specifically to regulate the relationship of consumption, meaning to say that its provisions only apply consumer relations, excluding any that contravene its provisions. Because it is subsystem, the CDC is multidisciplinary and brings with it rights protection standards of civil order material, criminal, civil procedure, criminal and also administrative law. Thus, the CDC was created to regulate fully all legal aspects of legal relations of consumption, is understood to be the established legal relationship between the supplier and the consumer aiming the application of any other legislation that is contrary to it.

Key-words: 1 consumer law. 2 Relationship consumption. 3 Microsystem Multidisciplinary. 4 Warranty and Consumer Protection and Supplier.

Sumário: 1. Introdução. 2. Dos Direitos essenciais do Consumidor. 3. Uma ampla visão do Código de Defesa do Consumidor. 4. O Direito do Consumidor tem aplicabilidade e eficácia imediata. 4.1 O que diz o art. 6º do Direito do Consumidor. 5. O código de Defesa do Consumidor avança sobre a responsabilidade civil do fornecedor por vícios dos produtos. 5.1 A responsabilidade civil do fornecedor e as de diversas espécies de vícios dos produtos. 5.2 A expectativa do consumidor com relação aos produtos. 5.3 A responsabilidade civil e suas implicações nas relações de consumo. 6. A dogmática e a classificação da responsabilidade civil no consumo. 7. A Responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e a decorrência do acidente de consumo. 7.1 A Responsabilidade do fornecedor. 8. Responsabilidade pelo fato do produto de quem é de direito. 8.1 A responsabilidade independente da culpa. 9. Responsabilidade

1 Trabalho de conclusão do curso de pós-graduação *Lato sensu* em Direito.

2 Advogada, Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá de Campo Grande/MS. e-mail: laispaulino25@hotmail.com

pelo fato do produto: agentes responsáveis. 10. O direito do consumidor emergiu para resolver os problemas gerados nas relações de consumo: fabricantes, fornecedores e os consumidores. 10.1 A composição da relação de consumo e suas repercussões jurídicas. 11. Há necessidade que os sujeitos envolvidos bem como seu objeto se adéquem ao CDC. 11.1 O mesmo sujeito conceituado como consumidor em uma relação jurídica pode figurar em outra relação jurídica como fornecedora. 12. Considerações Finais. 13. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Direito do Consumidor é um novo ramo interligado a todos os demais ramos do direito, veio instituir uma nova concepção na proteção da parte frágil na relação de consumo. Também o CDC, no art. 84, § 5º, possibilita ao juiz a tomada de medidas adequadas, principalmente de caráter cautelar, que permitam a obtenção de resultado prático, com vistas à satisfação dos direitos do consumidor.

O avanço empregado pelo legislador pátrio visa garantir a efetiva tutela do consumidor. No âmbito da desconsideração da personalidade jurídica sucede o prevalecimento da ideia de que ela ocorrerá quando a personalidade atribuída à sociedade, ou a qualquer ente jurídico personificado, "for obstáculo ao ressarcimento dos danos sofridos pelo consumidor".

O CDC salvaguardará a confiança depositada pelo consumidor à prestação contratual, que deverá se conformar ao fim que razoavelmente dela se espera. As normas imperativas do CDC "irão proteger também a confiança que o consumidor deposita na segurança do produto ou do serviço colocado no mercado". Portanto, o direito do consumidor, como um novo ramo do direito, dota-se de princípios particulares distintos dos demais sistemas jurídicos. No entanto, não ocorre seu desligamento com os demais ramos, pois, em casos de lacunas na lei à proteção da sociedade de consumo, outros diplomas legais concorrerão para supri-las, ao mesmo tempo em que não deverão contrariar os princípios nela vigentes.

2. DOS DIREITOS ESSENCIAIS DO CONSUMIDOR

Direito ao Consumo: Todas as pessoas tem o direito de comprar bens e serviços necessários para sobreviver.

Direito à Escolha: Qualquer pessoa tem o direito de escolher um produto ou serviço que achar conveniente, mais barato ou de maior qualidade.

Direito à Segurança: Caso haja risco a vida ou o produto e serviço sejam perigosos, os consumidores devem ser avisados previamente.

Direito à Informação: Os produtos devem fornecer informações claras sobre sua composição, seus riscos, características e outras informações importantes.

Direito contra a publicidade abusiva e enganosa: Devem-se evitar propagandas de produtos que induzem o consumidor ao erro ou deixam de informar dados importantes. Além disso, também é importante evitar as propagandas abusivas onde há incitação à discriminação e à violência.

Direito à Proteção nos Contratos: Os contratos servem para determinar as diretrizes de uma compra ou prestação de serviços. É necessário que a letra do documento esteja legível e com linguagem simples. Caso o que esteja no contrato não seja cumprido, o consumidor poderá verificar o Código de Defesa do Consumidor.

Direito à Indenização: Caso você compre um produto adulterado, de má qualidade ou foi enganado por más informações, você tem direito a ser indenizado por quem vendeu o produto ou realizou o serviço.

Direito ao Acesso à Justiça: Caso você tenha seus direitos desrespeitados pode acionar a justiça em um Juizado Especial Cível.

Direito a ser Ouvido: Caso você seja lesado tem o direito de reclamar em um PROCON de sua cidade ou Ouvidorias específicas criadas em alguns estados.

Direito a Educação para o consumo: O consumidor tem o direito de receber uma orientação adequada em relação a produtos e serviços adquiridos.

3. UMA AMPLA VISÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor é tutelado pela Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, que visa tutelar a relação entre consumidores e fornecedores, com ênfase a tutelar a parte mais fraca da relação, ou seja, o vulnerável na relação contratual.

O Código de Defesa do Consumidor contém 119 artigos, conceituando Consumidor (art. 2 º) como sendo "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final", e Fornecedor como "toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços".[3]

O CDC dispõe ainda sobre quem são as pessoas físicas ou jurídicas sujeitas à Defesa do Consumidor. Preservando a Política Nacional de Relações de Consumo, a qual estabelece os direitos básicos do consumidor, as normas referentes à qualidade de produtos e serviços prestados aos consumidores, a responsabilidade pelos defeitos e a quem devemos recorrer para solucionar o litígio em caso de descumprimento.

Estabelece ainda que essas normas são de ordem pública e interesse social, de forma que um caso particular tenha repercussão geral na sociedade como um todo, o que chamamos de força normativa da Constituição. Fundamentada na Constituição Federalne no CDC, estes vem determinando o prazo para troca de mercadorias ou a substituição do mesmo por outro produto igual ou de marca diferente, cabendo a escolha ao consumidor, bem como a restituição da diferença caso seja de valor maior ao contratado, ou até mesmo a devolução do valor corrigido ao consumidor.

Quanto à prestação nos casos de serviços defeituosos, sendo tratadas ainda as ofertas, sendo definido quanto à publicidade e suas práticas abusivas, a venda casada de produtos ou serviços, das cobranças de dívidas (art. 42), do cadastro dos consumidores em órgãos de proteção ao crédito como SPC e SERASA, dos contratos estabelecidos entre os consumidores e fornecedores.[4]

Na aplicação das sanções impostas a eles, as infrações penais provocadas pelo fornecedor e pelo consumidor, ensinando ainda como cada consumidor deverá proceder na defesa dos seus direitos perante o Poder Judiciário e outros órgãos de Defesa do Consumidor (PROCON) e a aplicação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, bem como suas diretrizes de forma que possa sempre proteger a parte vulnerável, tendo aplicação imediata.

Podemos ter uma visão geral desses direitos e podemos verificar com a rapidez existente no Judiciário através dos Juizados Especiais de Consumo a solução do litígio estabelecendo de forma harmoniosa a relação contratual entre ambas as partes.

4. O DIREITO DO CONSUMIDOR TEM APLICABILIDADE E EFICÁCIA IMEDIATA.

Os consumidores possuem grande número de direitos de forma expressa, mas existem aqueles, que embora não codificados, tem aplicabilidade e eficácia imediata e nem por isso não possam ser usados em sua

3 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 516

4 BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil. Colaboração de Antônio L. de Toledo Pinto. Márcia V. dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 33. ed. atual, e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004; .386.Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03constituicao.htm

defesa. O reconhecimento constitucional do princípio da vulnerabilidade na defesa do consumidor demonstra que não se torna necessário provar o elemento subjetivo, uma vez que já está presumido pelo microssistema. Assim, a vulnerabilidade e o marco central para a aplicabilidade das regras especiais contidas no Código de Defesa do Consumidor, conforme se observa no disposto abaixo:

4.1 O que diz o art. 6º do Direito do Consumidor

O Consumidor tem direito a:

"I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

- a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

- a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

V - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

- a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

- a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

- o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

- a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

- a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral"

5. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AVANÇA SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR POR VICIOS DOS PRODUTOS

5.1 A responsabilidade civil do fornecedor e as de diversas espécies de vícios dos produtos

A justa expectativa dos consumidores frente aos produtos lançados no mercado é a de que eles funcionem regularmente, de acordo com a finalidade para a qual foram desenvolvidos e que ofereçam segurança aos seus usuários. O instituto da responsabilidade civil evoluiu rapidamente nas duas últimas décadas, tendo-se, hodiernamente, um novo conceito, que é assentado na solidariedade social e na efetiva reparação dos danos aos consumidores. Cria-se, assim, um novo modelo de responsabilidade, a responsabilidade civil legal. No âmbito das relações de consumo, a responsabilidade civil do fornecedor pode emergir em decorrência de diversas espécies de vícios dos produtos.

Haverá, com isso, a responsabilidade civil por vícios de inadequação ou por vícios de insegurança, que recebem tratamento jurídico diferenciado pelo Código de Defesa do Consumidor. Ao fim, observa-se claramente que o regramento que é dispensado à matéria tem reflexo imediato na segurança dos consumidores,

uma vez que impõe aos fornecedores o dever de colocar no mercado produtos indenes de vícios, sob pena de responsabilização.

5.2 A expectativa do consumidor com relação aos produtos.

O produto adquirido pelo consumidor deve corresponder a exatamente aquilo que dele se espera. A justa expectativa dos consumidores e do público em geral frente aos produtos lançados no mercado é a de que eles funcionem regularmente, de acordo com a finalidade para a qual foram desenvolvidos e que, simultaneamente, ofereçam segurança aos seus usuários.[5]

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), para proteger o consumidor na utilidade e qualidade do produto adotou o princípio da Confiança, o qual o produto deve proporcionar ao consumidor aquilo mesmo que ele realmente esperava ser quando o adquiriu, tendo o fornecedor a obrigação de assegurar ao consumidor a correta utilização, fornecendo informações necessárias na utilização do produto, para causar eventuais danos.

É o que a doutrina uruguaia chama de Principio de Auto Responsabilidade, que informa que o fornecedor deve prestar informações de forma clara, precisa e sem ambiguidades, de modo a não induzir o consumidor em erro, pois é responsável por aquilo que informa na oferta.

5.3 A responsabilidade civil e suas implicações nas relações de consumo

Na dogmática, a noção de responsabilidade implica sempre a violação de um dever, com a ofensa a um bem jurídico, exprimindo a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. A doutrina de direito civil costuma definir a responsabilidade civil com base numa conduta causadora de um dano,[6] com fundamento na obrigação de indenizar, ou com supedâneo no inadimplemento contratual.

Com o passar do tempo, entretanto, o elemento sanção ou retribuição foi mitigado. Na nova definição de responsabilidade, não se pode mais dizer que a responsabilidade jurídica está "essencialmente ligada à retribuição." O elemento central passa a ser a reparação ou prevenção do dano ou prejuízo, e não mais a punição do responsável. Em um conceito sintético e geral, pode-se definir a responsabilidade civil como "um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário".

Esse conceito, no entanto, não abrange todas as modalidades de responsabilidade civil, pois haverá casos em que surge a responsabilização sem a violação a um dever jurídico, mas em decorrência de ato lícito. Por razões como essa, pode-se afirmar que não existe um conceito unitário que abranja todas as modalidades de responsabilidade civil. De qualquer sorte, é verdadeira a premissa de que, para haver responsabilidade civil, deverá sempre haver o dano jurídico, do qual exsurge o dever de reparação. De outro lado, não se pode confundir as noções de obrigação e de responsabilidade civil. Obrigação é sempre um dever jurídico originário, enquanto a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo corolário da violação do primeiro.

6. A DOGMÁTICA E A CLASSIFICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO CONSUMO.

Na dogmática, encontra-se que a responsabilidade civil pode ser classificada em contratual e extracontratual. Responsabilidade contratual é aquela que decorre diretamente e em função de um contrato, ou seja, de uma obrigação contratual originária, de modo que será responsabilizado civilmente aquele que inadimplir essa obrigação.

A responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana, deriva, geralmente, de um ato ilícito, de uma obrigação jurídica que decorre de uma norma legal, e não do contrato. Essa distinção, em relação à matéria

5 As normas do CDC brasileiro são imperativas no sentido de proteger a confiança que o consumidor depositou no produto que adquiriu.

6 PEREIRA Agotinho Oliveira Koppe. **Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos**: a teoria da ação social e o direito do consumidor. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2003. p. 242

de proteção do consumidor, entretanto, resta superada. A responsabilidade civil é tema de permanente atualidade e vem ganhando importância e mutação à medida que a evolução industrial produz novas tecnologias, desafiando soluções jurídicas inéditas, em vista de situações que demandam regulamentação jurídica específica. Em face das transformações sociais ocorridas pela constante evolução industrial e dos riscos gerados aos consumidores, deu-se entrada, paulatinamente, à consciência da necessidade de proteção das vítimas e das partes mais fracas nas relações sociais, o que determinou um redirecionamento dos princípios que regiam a matéria.

A responsabilidade civil, na sistemática do direito do consumidor, ultrapassa as fronteiras da culpa, encontrando supedâneo na solidariedade social, base de uma responsabilidade sem culpa. O verdadeiro escopo dessa evolução é a preocupação de assegurar melhor justiça distributiva, de modo que o prejuízo causado a um consumidor seja suportado por toda a sociedade.

A reparação do dano e a noção da assistência, previdência e garantia. O fundamento social da reparação do dano está arraigado nas noções de assistência, previdência e garantia. Esse novo modelo de responsabilidade não se centra mais em apenas punir o autor de uma conduta antijurídica, senão no interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alternado pelo dano, vale dizer, na necessidade de reparação ou prevenção do dano, patrimonial ou extrapatrimonial, causado ao consumidor pela existência de vícios de inadequação e de insegurança do produto.

Com efeito, a responsabilidade civil objetiva do fornecedor é o sistema de reparação de danos mais adequado aos tempos modernos. Em primeiro lugar, porque oferece maiores garantias de proteção às vítimas; além disso, porque os custos de ressarcimento devem recair sobre o fabricante e o fornecedor, a quem cabe controlar a qualidade e a segurança dos produtos; por fim, porque, ainda que o consumidor seja diligente, o fornecedor tem melhores condições de suportar o risco do produto, mediante, por exemplo, seguro de responsabilidade, cujo valor do prêmio se incorporará ao preço de venda, distribuindo-se o custo entre os próprios consumidores.[7] Acrescente-se que o fornecedor está em melhores condições de produzir a prova sobre o ocorrido, razão pela qual lhe é transferido o ônus de provar.

7. A RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO E DO SERVIÇO E A DECORRÊNCIA DO ACIDENTE DE CONSUMO

Insistimos em dizer que o dever de não causar prejuízo a outrem, corresponde ao dever especial de não colocar no mercado de consumo produtos e serviços que possam acarretar riscos à saúde e segurança dos consumidores. Com a não observância do dever de segurança, surge a responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto e do serviço, tendo como consequência o dever de indenizar os consumidores e as vítimas do acidente de consumo causado em razão dos defeitos apresentados no produto ou no serviço.[8] Responsabilidade pelo fato significa dizer que o produto/serviço é defeituoso, no sentido de que pode causar um dano ao consumidor, diferente do vício que atinge somente a qualidade ou quantidade do produto/serviço, causando ao consumidor apenas uma frustração. Ao se tratar da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto e do serviço, Claudia Lima Marques discorre sobre o assunto:

> Responsabilidade do fornecedor: Realmente, a responsabilidade do fornecedor em seus aspectos contratuais e extracontratuais, presente nas normas do CDC (artigos 12 a 17), está objetivada, isto é, concentrada no produto ou no serviço prestado, concentrada na existência de um defeito (falha na segurança) ou na existência de um vício (falha na adequação, na prestabilidade). Observando a evolução do direito comparado, há toda uma evidência de que o legislador brasileiro inspirou-se na ideia de garantia implícita do sistema de cammon Law (impliedwarranty). Assim, os produtos ou serviços prestados trariam em si uma garantia de adequação para o seu uso e, até mesmo, uma garantia referente à segurança que deles se espera. Há efetivamente um novo dever de qualidade instituído pelo sistema do CDC, um novo dever anexo à atividade dos fornecedores. [...]”9.

7 GERSI, Carlos Alberto. **Teoría general de lareparación de daños**. 2. ed. atual. ampl. Buenos Aires: Astrea, 1999. p. 157.

8 ALMEIDA, João Batista de. **Manual do direito do consumidor.** 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 84.

9 MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. Revista dos Tribunais. p. 378.

Assim, via de regra, o fornecedor é o responsável pelo fato do produto e do serviço, por serem o fabricante, o produtor, o construtor e o importador quem coloca os produtos ou serviços defeituosos no mercado de consumo, portanto, devem assumir o risco dessa conduta e arcarem com o dever de indenizar. Desta maneira, nota-se que há a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, cada uma delas será estudada separadamente nos tópicos a seguir.

8. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO DE QUEM É DE DIREITO.

Essa responsabilidade é disciplinada pelo artigo 12 do CDC, que diz o seguinte: *"O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador, respondem independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos [...], bem como por informações insuficientes ou inadequadas [...]"*. Através deste dispositivo, verifica-se que fato do produto é um acontecimento que ocorre no mundo exterior, causando dano material ou moral ao consumidor, que decorre de um defeito do produto, desta forma, entende-se que o fato gerador será sempre o defeito do produto, sendo a palavra chave defeito.[10] O Código do Consumidor preferiu inserir um rol taxativo "dos responsáveis" no artigo 12 ao invés de utilizar a palavra "fornecedor". Para melhor explicar a responsabilidade de cada um deles referente ao rol taxativo, a doutrina os reuniu em três categorias distintas: a) fornecedor real: compreende o fabricante, produtor e construtor, esses fornecedores reais são os verdadeiros responsáveis pelo defeito (falha de segurança), uma vez que participam direta e ativamente do processo de criação e concepção do produto; b) fornecedor presumido: entende-se pelo importador de produto industrializado ou *in natura*, a ele foi imposto um dever de segurança próprio, onde só poderá introduzir no mercado brasileiro, produtos livres de defeitos, ou seja, com a segurança que deles espera, respondendo o importador pelos danos causados, tanto nos casos em que o defeito advém de uma falha em sua manipulação, acondicionamento, guarda, quanto nos casos em que o defeito teria sua origem no projeto, na fabricação, na construção ou na montagem do bem; c) fornecedor aparente: seria aquele que coloca o seu nome ou marca no produto final, pode ser visto como o fabricante ou o produtor. Visto isso, pode-se notar que o defeito pode ocorrer tanto no momento da fabricação do produto, podendo atingir uma série deles, quanto no modo em que se conserva este produto, que "nasce" sem defeito, mas devido a sua má conservação se torna defeituoso.

8.1 A responsabilidade independente da culpa

A responsabilidade objetiva existe independentemente de culpa, haja vista ser o consumidor a parte mais fraca na relação de consumo. Como seria se o consumidor tivesse que comprovar a culpa do fabricante, fornecedor, entre outros? Eles jamais seriam responsabilizados, já que o consumidor não participa do processo de produção, distribuição etc. do produto, apenas o consome. Segundo Maria Helena Diniz a responsabilidade objetiva é aquela "fundada no risco, sendo irrelevante a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vitima e a ação do agente para que surja o dever de indenizar."[11] "Veículos com defeito de fabricação que provoca acidente ensejam danos morais. Em certo caso – julgado pelo STJ em 2007 – o sistema de freios do veículo deu causa à colisão da qual resultaram danos às vítimas. Posteriormente, a GM do Brasil realizou "recal" relativamente ao veículo em questão, justamente em virtude no defeito dos freios. A condenação por danos morais foi arbitrada em mil salários mínimos, além dos danos emergentes (danos materiais) (STJ, REsp 475.039, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 4ª T., j. 27/02/07, DJ 19/03/07). Conclui-se então, que o fornecedor de produtos responde independentemente de culpa, sendo a sua responsabilidade objetiva, na qual deve-se indenizar o dano que foi causado a vítima do acidente de consumo devido ao defeito do produto.

10 CAVALIERI FILHO Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 2. ed. Atlas, 2010. p. 266.

11 DINIZ Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 181.

9. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO: AGENTES RESPONSÁVEIS

> "Artigo 13 estabelece que o comerciante seja igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:
>
> - o *fabricante*, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;
>
> - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;
>
> - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.[...]".[12]

A responsabilidade do comerciante é estabelecida pelo artigo 13 do CDC. No acidente de consumo, o comerciante tem sua responsabilidade excluída em via principal, pois o Código do Consumidor lhe atribui apenas a responsabilidade subsidiária, sendo assim, o comerciante é responsabilizado em via secundária, quando o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados, ou ainda quando o produto for fornecido sem identificação clara de qualquer dos citados anteriormente neste parágrafo. A hipótese mais comum é quando o comerciante não conserva adequadamente os produtos perecíveis. Esses casos são aqueles em que a conduta do comerciante concorre para o acidente de consumo, merecendo destaque os produtos chamados "produtos anônimos" que são os legumes e verduras adquiridos no supermercado sem identificação de origem e também os produtos mal identificados e aqueles outros que são produzidos por terceiros, mas comercializados com a marca do comerciante.[13] Um exemplo comum da responsabilidade do comerciante é o dos supermercados que para economizarem energia elétrica desligam durante a noite os refrigeradores que mantém devidamente conservados os produtos, colocando em risco a saúde do consumidor.

10. O DIREITO DO CONSUMIDOR EMERGIU PARA RESOLVER OS PROBLEMAS GERADOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: FABRICANTES, FORNECEDORES E OS CONSUMIDORES

> O Direito do Consumidor é um novo ramo interligado a todos os demais ramos do direito.
>
> (Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo - Vol. I | n. 1 | Março 2011).

O Direito do Consumidor veio instituir uma nova concepção na proteção da parte frágil na relação de consumo. Também o CDC, no art. 84, § 5º, que possibilita ao juiz a tomada de medidas adequadas, principalmente de caráter cautelar, que permitam a obtenção de resultado prático, com vistas à satisfação dos direitos do consumidor. O avanço empregado pelo legislador pátrio, visando garantir a efetiva tutela do consumidor. No âmbito da desconsideração da personalidade jurídica sucede o prevalecimento da ideia de que ela ocorrerá quando a personalidade atribuída à sociedade, ou a qualquer ente jurídico personificado, "for obstáculo ao ressarcimento dos danos sofridos pelo consumidor". O CDC salvaguardará a confiança depositada pelo consumidor à prestação contratual, que deverá se conformar ao fim que razoavelmente dela se espera. As normas imperativas do CDC "irão proteger também a confiança que o consumidor deposita na segurança do produto ou do serviço colocado no mercado". Portanto, o direito do consumidor, como um novo ramo do direito, dota-se de princípios particulares distintos dos demais sistemas jurídicos. No entanto, não ocorre de todo o seu desligamento com os demais ramos, pois, em casos de lacunas na lei à proteção da sociedade de consumo, outros diplomas legais concorrerão para supri-las, ao mesmo tempo em que não deverão contrariar os princípios nela vigentes.

10.1 A composição da relação de consumo e suas repercussões jurídicas

Como visto, as expressões direito do consumidor e direito do consumo são distintas. Direito do consumo é mais abrangente e envolve toda a tutela do consumidor na sociedade de consumo (tanto consumidor pessoa

12 **Código de defesa do consumidor** – Lei 8.078/90.

13 CAVALIERI FILHO Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 2. ed. Atlas, 2010. p. 275.

física quanto consumidor pessoa jurídica, conforme adotou o direito brasileiro), preocupando-se com os direitos e obrigações de todos os partícipes das relações de consumo. Nesta perspectiva, a tutela do Código de Defesa do Consumidor tem por finalidade máxima regular as relações de consumo, razão pela qual impende seja aclarado o que vem a ser relação de consumo. Pode-se definir relação jurídica como um vínculo estabelecido entre pessoas, acerca de determinado bem ou interesse jurídico, em que há a incidência de regras jurídicas. Percebe-se, de início, que a relevância jurídica do vínculo é fato gerador da chamada juridicização da relação social.

Conforme afirma Francisco Amaral[14], "relação jurídica é o vínculo que o direito estabelece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres. Representa uma

situação em que duas ou mais pessoas se encontram, a respeito de bens ou interesses jurídicos". Aplicada esta noção à relação jurídica de consumo, segundo leciona Nelson Nery Júnior [15], "entende-se por relação de consumo a relação jurídica entre fornecedor e consumidor tendo como objeto o produto ou o serviço".

Ainda, José Geraldo Brito Filomeno.[16] Entendem que a "relação de consumo configura-se em relação jurídica por excelência, pressupondo sempre três elementos, quais sejam, dois polos de interesses (consumidor e fornecedor) e a coisa – objeto desses interesses – que representa o terceiro elemento, e, consoante ao CDC, abrange produtos e serviços". Considerando que a relação parte de uma concepção com base nos vínculos entre as pessoas é que se desenvolveu uma concepção normativista, ou seja, de relação jurídica enquanto vínculo entre sujeitos e sistema normativo, ou entre pessoas e objetos – uma concepção que possui, no entanto, pequena expressão na comunidade jurídica. Já da análise da concepção personalista, pode-se verificar que a configuração da relação jurídica é dada pela coexistência de um requisito material – a relação social – e de um requisito formal – a incidência normativa. Nesse sentido, pondera Francisco Amaral que: A relação social assim regulada passa a denominar-se relação jurídica, que apresenta, portanto, dois requisitos: um de ordem material, que é a relação social, o comportamento dos indivíduos; outro de ordem formal, que é a norma de direito incidente, que confere a relação social o caráter de jurídica.[17] Desta forma, para restar configurada uma relação de consumo, necessário é que os sujeitos envolvidos (consumidor e fornecedor), bem como o seu objeto (produto e/ou serviço), se amoldem aos traços previstos pelo CDC.[18]

Entendemos por relação de consumo, objeto do regramento instituído pelo CDC, a relação jurídica estabelecida entre consumidor e fornecedor tendo por objeto produto e/ou prestação de serviço, segundo as conceituações do CDC brasileiro. Esta relação de consumo é marcada no direito brasileiro pela dinamicidade, pois a mesma pessoa conceituada como consumidora em uma relação jurídica pode figurar noutra relação jurídica como fornecedora. A base estrutural da relação jurídica está constituída por dois elementos, um subjetivo e outro objetivo. O elemento subjetivo se refere às pessoas que estão num dos polos da relação jurídica.

11. HÁ NECESSIDADE QUE OS SUJEITOS ENVOLVIDOS BEM COMO SEU OBJETO SE ADÉQUEM AO CDC

Têm-se as figuras do sujeito ativo (aquele que pode exigir um agir) e do sujeito passivo (aquele que se encontra numa situação de sujeição jurídica). Por outro lado, o elemento objetivo consiste no objeto sobre o qual recai a relação jurídica, o qual se subdivide em objeto imediato (ato ou negócio jurídico que viabilizará o alcance do bem da vida pretendido) e objeto mediato (o bem da vida, que pode ser um objeto ou interesse jurídico). A par dessa concepção clássica de relação jurídica como a realidade estática e atomística configurada pela existência de um vínculo jurídico que liga ao elemento objetivo sujeito ativo e sujeito passivo, a partir

14 NERY JÚNIOR, Nelson, et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 47 e 58.

15 AMARAL, Francisco. **Direito civil**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 159.

16 *Ob. cit*. p. 46-47.

17 *Ob. cit*. p. 26.

18 AMARAL. *Op. cit*. p. 160.

da obra de Karl Larenz.[19] E no Brasil, de Couto e Silva[20], tem se desenvolvido a compreensão da relação jurídica, especialmente a obrigacional, como uma realidade complexa e dinâmica, um processo de direitos e obrigações que se desenvolvem e transformam no tempo, podendo ora o sujeito passivo encontrar-se na posição de sujeição jurídica e ora na posição de exigir do sujeito ativo o cumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva, e vice-versa. São estes os fundamentos que orientam a análise da relação jurídica de consumo, lembrando-se que a dinamicidade destas relações jurídicas é observada de maneira bem clara na medida em que a pessoa jurídica e o prestador de serviços, entre outros, ora são consumidores, ora são fornecedores, razão pela qual a adequada análise pressupõe a capacidade do intérprete da relação jurídica de segmentar cada relação objeto de estudo. Não resta qualquer dúvida de que a importância do reconhecimento da existência ou não de uma relação de consumo reside na possibilidade de serem aplicadas as normas determinadas pelo CDC; caso contrário não sendo detectada a relação de consumo estaremos diante de uma relação outra, seja societária, tributária, civil, concorrencial etc., passível de regramento por distintos textos legais que não o CDC. Também por este mesmo motivo evidencia-se a importância de serem identificadas especificamente as partes componentes da relação de consumo (consumidor, fornecedor, produto, serviço) segundo as conceituações trazidas pelo CDC, vez que somente com a presença de todos estes elementos[21], é que será possível a identificação da relação de consumo.

Complementa José Geraldo Brito Filomeno[22] que consumidor, abstraídas todas as conotações de ordem filosófica, tão somente econômica, psicológica ou sociológica, e concentrando-se basicamente na acepção jurídica, vem a ser qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo.

11.1 O mesmo sujeito conceituado como consumidor em uma relação jurídica pode figurar em noutra relação jurídica como fornecedora

Há que se equiparar o consumidor a coletividade ou os indivíduos que potencialmente estejam sujeitos ou propensos à referida contratação, conforme determina o CDC. Caso contrário, deixar-se-ia de conceder a tutela coletiva, por exemplo, ao público- alvo de campanhas publicitárias enganosas ou abusivas, ou então ao sujeito ao consumo de produtos ou serviços perigosos ou nocivos à sua saúde ou segurança. Não há como fugir-se, todavia, à definição de consumidor como um dos partícipes das relações de consumo, nada mais do que relações jurídicas por excelência, mas que são obtemperadas precisamente pela situação de manifesta inferioridade frente ao fornecedor de bens e serviços, a denominada vulnerabilidade. Conclui-se que toda a relação de consumo: 1) envolve basicamente duas partes bem definidas: de um lado o adquirente de um produto ou serviço (consumidor fático, econômico ou equiparado) e de outro o fornecedor ou prestador de um serviço e/ou produto (produtor/fornecedor); 2) destina-se à satisfação de uma necessidade privada do consumidor; 3) que o consumidor, não dispondo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a se submeter ao poder e às condições dos produtos daqueles mesmos bens e serviços e dos seus fornecedores. Portanto, as implicações que decorrem do direito das relações de consumo são avaliadas por meio de toda condição jurídica, social, ambiental, econômica que envolva as transações jurídicas, considerando a relação de forma abrangente e contextualizada. Contudo, quando se fala do direito do consumidor o interesse é proteger um cidadão vulnerável e exposto às determinações e imposições do fornecedor/produtor no mercado.

19 Cf. EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2004.

20 LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**: tomo I. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958.

21 Paulo Nalin, Luciana Pedroso Xavier e Marília Pedroso Xavier indicam a origem da expressão "relação jurídica obrigacional como processo" na obra "A Obrigação como Processo", de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, primeira publicada em 1976, e previamente apresentada pelo autor como sua tese de livre-docência na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso; NALIN, Paulo. **A obrigação como processo**: breve releitura trinta anos após. p.299-322. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (organizadores). Diálogos sobre direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. v. II.
33 Partes: consumidor(es) e fornecedor(es); e objetos: produto(s) e/ou serviço(s).

22 FILOMENO, José Geraldo Brito *et al*. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 26. 35.

12. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro do que se pode, demonstrada restou a vastidão do mercado consumerista e suas práticas, muitas vezes por cidadãos despreparados e/ou reféns do mercado capitalista, que se esquecem de que também consomem, e do que podemos comparar como "o triste fim da pedra, quando esta se transformar, na vidraça que teima em querer quebrar". O CDC é o melhor do mundo, pois ele é eficiente e tem normas abrangentes. "Ainda assim, a lei é usada de forma juvenil e adolescente porque se prende apenas nas reclamações dos consumidores", ponto de interseção nas relações entre fornecedores e consumidores, mas não como uma arena, e sim como termômetro da harmonização das relações de consumo. Mesmo com esses avanços tecnológicos, o CDC não precisa de grandes modificações, primeiro, porque, para cada uma delas, existe uma legislação específica; e interage com todos os outros ramos do direito; segundo, porque mesmo a empresa disponibilizando todos esses meios, deve garantir o atendimento tradicional.

O microssistema do Consumidor regulado pelo CDC foi criado especificadamente para regular a relação de consumo, significando dizer que suas disposições só se aplicam as relações de consumo, excluídos quaisquer outras que contrariarem seus dispositivos. "O que as empresas devem fazer, é perceber a rigorosidade do CDC como um auxiliar de competitividade entre elas". Entretanto esta necessidade deve ser de competitividade entre partes, e que agracie todos os direitos de todos os interessados, bilateral e indistintamente.

Vê-se também, que a responsabilidade civil prevista no Código de Defesa do Consumidor é objetiva, ressaltando que o lesado comprove o dano e o nexo causal. Contudo o dever de indenizar decorre da responsabilidade comportando exceções. Ressalta-se que as excludentes são aquelas expressas no próprio CDC, nas relações de consumo, como no caso fortuito, e de força maior o exercício regular de direito, observando sempre o princípio da confiança e princípio de auto responsabilidade, bem com a dignidade da pessoa humana. Ressalta-se que, as normas do CDC, são de ordem pública e interesse social, o que significa dizer que as normas de proteção aos consumidores, possuem importância relevante para a sociedade como um todo, prevalecendo sobre a vontade das partes, não interessando somente às partes, consumidores e fornecedores. Contudo, as leis consumeristas são leis de função social, pois não só procuram assegurar uma série de novos direitos aos consumidores, mas também possuem a função de transformar a sociedade de modo a se comportar de maneira equilibrada e harmônica nas relações jurídicas.

No entanto, à primeira vista a relação particular entre consumidor fornecedor em nada interessa à sociedade. Ocorre que, quando o fornecedor comete abusos frente ao consumidor, como quando deixa de consertar o produto vendido com defeito, e não sofre qualquer sanção pela prática abusiva, amanhã outros consumidores estarão sofrendo os mesmos abusos. Nesse sentido, como se não bastasse outros fornecedores provavelmente irão praticar as mesmas condutas abusivas, uma vez que, consertar produtos defeituosos, ou em outro sentido amplo, respeitar os direitos dos consumidores e gerar custos.

Com outra visão e de forma objetiva, considera-se que ser de interesse social, significa a possibilidade de o Ministério Público poder atuar em todas as lides coletivas de consumo, inclusive as que tratam dos direitos individuais homogêneos. Atenta-se para o princípio fundamental, que passou a ser a garantia constitucional de proteção e defesa do consumidor é considerada cláusula pétrea, impossível de ser suprimida ou restringida pelo legislador. (art. 5º, XXXII, art. 170, CF/88, e art. 48 da ADC).

13. REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** 5. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil** v. 1. 4. ed. rev. aum. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

GHERSI, Carlos Alberto. **Teoria general de lareparación de daños**. 2. ed. atual. ampl. Buenos Aires: Astrea, 1999.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. **A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento**. *In*: MARQUES, Cláudia Lima. (Org.). Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Responsabilidade civil no código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: **responsabilidade civi**l. 3. ed. São Paulo : Atlas, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman. **O direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

NERY JUNIOR, Nelson; Rosa Maria Andrade. **Código de Processo civil Comentado e Legislação Processual Civil extravagante em vigor**. 4. ed. São Paulo: RT, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de defesa do consumidor comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: direito material (artigos 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

PEREIRA, Agostinho OliKoppe. **Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos**: a teoria da ação social e o direito do consumidor. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Jurisprudência Cível



4ª Câmara Cível
Relator Des. Alexandre Bastos
Agravo de Instrumento nº 1415015-53.2019.8.12.0000 – Dourados

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL – FIADOR – IMÓVEL DADO EM GARANTIA – BEM DE FAMÍLIA – PENHORABILIDADE – DECISÃO REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

É legítima a penhora de bem de família dado como garantia pelo fiador de contrato de locação, nos termos do que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990. Precedentes dos Tribunais Superiores.

Agravo de instrumento provido.

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

Campo Grande, 30 de março de 2020.

Des. Alexandre Bastos

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Sérgio Alcará face decisão f. 223-225 proferida no cumprimento de sentença ajuizado em desfavor de Injemar & Cia LTDA Me e Outros (Processo n. 0809300-78.2016.8.12.0002)

O magistrado singular acolheu o pedido dos devedores e declarou a impenhorabilidade do imóvel de Matrícula n.º 9.290 da CRI de Guaíra-PR por ser bem de família.

Em síntese, o agravante alega que *"a decisão objurgada afronta o tema 295/STF, decidido em sede de repercussão geral no RE 612.360, o tema 708/STJ, em julgamento pela sistemática dos recursos repetitivos e, ainda, a súmula 549 do STJ, requer seja o presente agravo conhecido e provido com o fim de se reformar a decisão de folhas 219/222, mantendo-se a penhora sobre o imóvel de Matrícula n.º 9.290 da CRI de Guaíra-PR (f. 01-14)."*

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo (f. 21-22).

Apesar de devidamente intimados, os agravados não se manifestação (f. 25)

Não existe oposição ao julgamento virtual (f. 27).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Sérgio Alcará face decisão f. 223-225 proferida no cumprimento de sentença ajuizado em desfavor de Injemar & Cia LTDA Me e Outros (Processo n. 0809300-78.2016.8.12.0002)

Colhe-se da decisão agravada que o magistrado singular reconheceu acolheu *"o pedido de Injemar &&amp Cia LTDA – ME, Pedro Inareja dos Santos e Arcilia Pascuia para declarar impenhorável o imóvel de Matrícula n.º 9.290 daCRI de Guaíra-PR por ser bem de família."*

Em consulta aos autos principais, verifica-se que Pedro Inareja dos Santos e Arcilia Pascua Inareja são fiadores da empresa.

A insurgência recursal limita-se na validade de se penhorar um imóvel residencial dado pelo fiador como garantia em um contrato de aluguel comercial.

Analisadas as razões fático-jurídicas coligidas nos autos, infiro que a decisão supracitada deve ser reformada e, por conseguinte, é de se considerar válida a penhora realizada sobre o imóvel de Matrícula n.º 9.290 da CRI de Guaíra-PR.

Isso porque, ao julgar o Resp n. 1.363.368/MS – sob a sistemática dos recursos repetitivos –, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou a jurisprudência no sentido de que é legítima a penhora de bem de família pertencente a fiador em contrato de locação, entendimento esse que foi ementado nos seguintes termos:

> *"PROCESSO CIVIL – DIREITO CIVIL – RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – ART. 543-C DO CPC –* ***EXECUÇÃO – LEI N. 8.009/1990 – ALEGAÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA – FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO – PENHORABILIDADE DO IMÓVEL****. Para fins do art. 543-C do CPC: '****É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990****'. No caso concreto, recurso especial provido."* (REsp 1.363.368-MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 12/11/2014). (Grifei).

Esse entendimento, inclusive, foi sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça através do Enunciado n. 549, *in verbis*: *"É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação."*

Além disso, é de ser consignado que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 612.360-RG/SP – reconhecendo a existência de repercussão geral da matéria –, declarou que a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação prevista no art. 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90 não afronta o direito constitucional à moradia (art. 6º, CF).

Nessa ocasião, não houve especificação/limitação no sentido de que o entendimento só valeria para os casos de locações residenciais, sendo certo, portanto, que também vale para os casos de locações comerciais.

Não se desconhece que recentemente, ao julgar o RE 605.709/SP (em 12/6/2018), o Supremo Tribunal Federal afastou, no caso concreto, a penhorabilidade de bem de família em execução fundada em fiança prestada em contrato de locação comercial. Todavia, foi um caso isolado, que não possui efeito vinculante em relação aos Tribunais inferiores, porquanto não fora julgado sob o regime de repercussão geral.

A propósito, em data mais recente do que a do julgamento do RE 605.709/SP, o Pretório Excelso reafirmou a sua jurisprudência, proferindo decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

> *"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO –* ***DIREITO À MORADIA (CF, ART. 6º, NA REDAÇÃO DA EC Nº 26/200) – PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO (LEI Nº 8.009/90, ART. 3º, VII, NA REDAÇÃO DADA***

PELA LEI Nº 8.245/91) – CONSTITUCIONALIDADE – REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA QUE O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RECONHECEU NO JULGAMENTO DO RE 612.360-RG/SP – REAFIRMAÇÃO, QUANDO DA APRECIAÇÃO DE MENCIONADO RECURSO, DA JURISPRUDÊNCIA QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU NO EXAME DESSA CONTROVÉRSIA – *SUCUMBÊNCIA RECURSAL – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA – PRECEDENTE (PLENO) – NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DOS LIMITES ESTABELECIDOS NO ART. 85, §§ 2º E 3º DO CPC – A EVENTUAL CONCESSÃO DA GRATUIDADE NÃO EXONERA O BENEFICIÁRIO DOS ENCARGOS FINANCEIROS DECORRENTES DE SUA SUCUMBÊNCIA (CPC, ART. 98, § 2º) – INCIDÊNCIA, NO ENTANTO, QUANTO À EXIGIBILIDADE DE TAIS VERBAS, DA CONDIÇÃO SUSPENSIVA A QUE SE REFERE O § 3º DO ART. 98 DO CPC – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO."* (ARE 1128251 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 07/12/2018, Processo Eletrônico DJe-272 Divulg 18-12-2018 PUBLIC 19-12-2018). (Grifei).

Dessa forma - por força do que dispõe o art. 927, incisos III e IV, do Código de Processo Civil -, infere-se que as teses firmadas nos julgados afetados sob os regimes de recurso repetitivo (STJ) e de repercussão geral (STF) devem prevalecer sobre a orientação exarada no RE 605.709/SP - razão pela qual a decisão agravada deve ser reformada para considerar válida a penhora realizada sobre o imóvel de Matrícula n.º 9.290 da CRI de Guaíra-PR.

Dispositivo

Ante o exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para reformar a decisão agravada e declarar válida a penhora realizada sobre o imóvel de Matrícula n.º 9.290 da CRI de Guaíra-PR.

É como voto.

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. Alexandre Bastos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre Bastos, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 30 de março de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Alexandre Bastos
Agravo de Instrumento nº 1400926-88.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO – NÃO APLICAÇÃO DO CDC PARA O EMPRÉSTIMO PARA CAPITAL DE GIRO DA EMPRESA POR NÃO SE ENQUADRAR COMO CONSUMIDOR – ACOLHIDO – RECURSO PROVIDO.

Para o caso específico de inversão do ônus da prova é imprescindível que somente se aplique a inversão do CDC (art. 6º, VIII da Lei n. 8078/90), se houver exata subsunção do fato nesta norma especial, vez que ele se aplica para quebrar a hipossuficiência e a desigualação do consumidor perante o prestado de serviço e, por outra feita, se houver aplicação sem o elemento especializante estar-se-á tratando desigualmente os iguais e, portanto, com quebra da paridade de armas entre os litigantes e com negativa de vigência ao art. 7º[1] do CPC.

Se o empréstimo bancário é para o fim de capital de giro da empresa, não haverá aplicação do CDC, vez que não é considerado como consumidor, vez que não é destinatário final do serviço bancário prestado, nos termos do art. 2º, da Lei n. 8078/90 e, por via de consequência, a regra do ônus a ser aplicado é o art. 373, I do CPC (regra geral do *caput* da primeira parte do art. 318 do CPC).

Recurso provido.

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 maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Vencido 1º Vogal.

Campo Grande, 4 de maio de 2020.

Des. Alexandre Bastos

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Itaú Unibanco S.A. em face da decisão interlocutória proferida no Processo n. 0833784-58.2019.8.12.0001, que aplicou o Código de Defesa do Consumidor – CDC para inverter o ônus da prova à requerida/recorrente.

Itaú Unibanco S.A suscita no agravo de instrumento de f. 01-07, em apertada síntese: provimento para reformar a decisão recorrida, vez que não se aplica a legislação consumerista ao caso concreto, vez que a parte recorrida/autora não se configura como destinatária final, ao passo que os contratos discutidos nos autos se destinaram ao incremento de sua atividade empresarial, caracterizando-se como insumo da atividade produtiva.

A parte recorrida, devidamente intimada (f. 87), apresentou contrarrazões pelo improvimento (f. 88-93).

1 Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

O que se infere do caso posto à apreciação é que proposta ação com pedido de revisão de encargos, taxa e tarifas bancária em face de vários contratos celebrados para capital de giro. O magistrado recorrido aplicou o Código de Defesa do Consumidor - Lei n. 8078/90. Em face desta decisão foi interposto o presente agravo de instrumento visando cassar a inversão do ônus da prova, por não aplicação da legislação consumerista ao caso.

Tenho que o recurso deve ser provido.

Explica-se.

Certo que há diversidade de ritos ou procedimentos e a regra de aplicação em relação a eles vem prevista no art. 318 do CPC, ao dispor que:

> *"Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei."*

Pela redação da primeira parte do *caput* art. 318 do CPC, a regra geral é que os atos processuais a serem aplicada são o do rito comum e, portanto, quanto ao capítulo do ônus da prova do art. 373, I do CPC, o qual atribui o ônus da prova à parte autora.

Contudo, pela segunda parte do *caput* do art. 318 do CPC, afasta a regra geral nos "casos da lei" e, portanto, em se tratando do Código de Defeso do Consumidor, o ônus da prova é invertido, ou seja, se o consumidor propõe a ação, possível que o ônus seja atribuído à parte requerida, nos termos do art. 6º, VIII da Lei n. 8078/90.

Mas, como a toda e qualquer lei especial, para que ela seja aplicada é imprescindível que contenha no processo o elemento especializante que chama a aplicação desta lei extravagante, vez que é exceção da regra geral quanto ao rito padrão ou comum do *caput* art. 318 do CPC.

Levando em conta esta premissa, somente haverá aplicação da legislação consumerista com a inversão do ônus nela prevista se a parte autora se enquadrar na figura do consumidor contido no art. 2º do CDC, o que não ocorre neste caso, vez que somente será considerado como tal, se for destinatário final da prestação do serviço bancário que visa revisar.

Os contratos assinados e sobre os quais recai a sua revisão judicial não se configura como destinatário final, ao passo que os contratos discutidos nos autos se destinaram ao incremento de sua atividade empresarial, caracterizando-se como insumo da atividade produtiva e, este fato não é unicamente a tese do agravante em suas razões recursais, mas sim, as anotações expressas e precisas na petição inicial da parte recorrida.

Portanto, a recorrida sem se revestir como destinatária final do produto ofertado pelo banco não é considerada consumidora e, portanto, falta-lhe elemento especializante para incidência da inversão do ônus da prova pela Lei n. 8078/90 - CDC.

Veja-se pelo STJ:

> *"1. Encontrando-se o acórdão recorrido divergente da jurisprudência desta Corte quanto à matéria objeto da lide - inaplicabilidade dos termos do Código de Defesa do Consumidor a financiamentos bancários obtidos com o propósito de fomentar a atividade empresarial -, necessária a devolução dos autos à origem para a prolação de nova decisão. 2. Razões recursais insuficientes para a revisão do julgado."* (AgInt no REsp 1802738/SE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/10/2019, DJe 22/10/2019).

E para o caso específico de inversão do ônus da prova é imprescindível que somente se aplique a inversão do CDC (art. 6º, VIII da Lei n. 8078/90), se houver exata subsunção do fato nesta norma especial,

vez que ele se aplica para quebrar a hipossuficiência e a desigualação do consumidor perante o prestado de serviço e, por outra feita, se houver aplicação sem o elemento especializante estar-se-a tratando desigualmente os iguais e, portanto, com quebra da paridade de armas entre os litigantes e com negativa de vigência ao art. 7º[2] do CPC. Veja-se:

> *"Nos dizeres de Flávio Tartuce, o critério da especialidade é de suma importância, pois também está previsto na CF/88. O art. 5º do Texto Maior consagra o principio da isonomia ou igualdade lato senso, reconhecido como cláusula pétrea, pelo qual a lei deve tratar de maneira igual os iguais, e de maneira desigual os desiguais. Na parte destacada está o princípio da especialidade, que deverá sempre prevalecer sobre o cronológico, estando justificado este domínio."* (SILVA, Márcio Henrique Mendes da. Considerações acerca das principais alterações no processo de execução de título extrajudicial trazidas pela Lei 11.382/2006 e seus reflexos perante a lei de execuções fiscais. Revista de Processo, ano 33, n. 156, fev/2008, p.154).

Por fim, é certo que o STJ tem atenuado a incidência da teoria finalista (*in* EDcl no AREsp 265.845/SP - EDcl no Ag 1371143/PR - REsp 938.979/DF), aplicando o Código de Defesa de Consumidor quando, apesar da relação jurídico-obrigacional entre comerciantes ou profissionais, estiver caracterizada situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência, contudo, esta distinção somente poderá ser apontada quando da instrução do processo e levando em conta fatos e fatores ainda inexistente na relação processual, o que revela a não incidência, por ora (somente para o recebimento deste agravo, o que poderá ser revisto, quanto ao mérito recursal ou depois dele no evoluir da ação em primeiro grau).

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso de agravo de instrumento interposto por Itaú Unibanco S.A, para afastar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso.

VOTO

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

Segundo consta, em ação de revisão de contrato de empréstimo para capital de giro, o juízo *a quo* inverteu o ônus da prova em aplicação ao CDC.

Contra essa decisão, o banco interpôs o presente agravo, o qual foi provido pelo ilustre Relator, sob fundamento de que, em contratos de capital de giro, a empresa não é considerada consumidora final, tendo em vista que o crédito em questão é tomado para incremento da atividade empresarial, o que afasta a aplicação do CDC e consequentemente a inversão do ônus da prova nele prevista.

Discordo de tal posicionamento, contudo. Não ignoro que esta é a posição atual no STJ, porém em julgados sem efeito vinculante, razão pela qual peço vênia ao ilustre Relator para divergir. Explico.

Em detida análise do caso, entendo que a relação entre a empresa tomadora do empréstimo para capital de giro e a instituição financeira se enquadra em relação de consumo, apesar de serem duas pessoas jurídicas.

Primeiramente, pondero o fato de que o produto ou serviço em questão é utilizado pela empresa em benefício próprio não sendo objeto de repasse a seus clientes, a exemplo de empresas de factoring, que em tese podem fazer isso. Então, quanto ao dinheiro em mútuo, a empresa ora em questão é cliente destinatária final, pois não toma esse dinheiro para repassar para seus clientes.

Além disso, indiscutível a relação de hipossuficiência da pequena empresa tomadora do empréstimo e a instituição financeira fornecedora do crédito. A relação de dependência e o desequilíbrio são indiscutíveis pela situação jurídica em si.

2 Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Portanto a relação de consumo é clara entre a empresa correntista, a qual contratou os serviços bancários para fomentar seu negócio e não para revenda ou reempréstimo a seus clientes, como já dito.

Ainda que haja certa resistência de parte dos julgadores quanto a este entendimento, é de bom alvitre ressalvar parte da jurisprudência, inclusive deste Tribunal de Justiça, tem reconhecido esta hipossuficiência e aplicabilidade das normas consumeristas nesses casos, mitigando a teoria finalista antes empregada com rigor. Veja:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO – CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO PARA CAPITAL DE GIRO – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – TEORIA FINALISTA TEMPERADA OU APROFUNDADA) – PESSOA JURÍDICA EQUIPARADA À CONDIÇÃO DE CONSUMIDOR – CONSTATAÇÃO DE SUA VULNERABILIDADE PERANTE O FORNECEDOR DE BENS OU SERVIÇOS – JUROS REMUNERATÓRIOS – JUROS CONTRATUAIS INFERIORES À TAXA MÉDIA – TAC – IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. - O Superior Tribunal de Justiça, à luz do conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem admitido a aplicação temperada da teoria finalista, hipótese em que a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço possa ser equiparada à condição de consumidor, por apresentar algum tipo de vulnerabilidade diante do fornecedor, o que 'constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC' e legitima a proteção. (Informativo nº 510 do STJ, de 18 de dezembro de 2012. Resp nº 1.195.642/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/11/2012). - Constatado que a instituição financeira detém maior estrutura e acesso às informações atinentes ao negócio mantido entre as partes, sobressaindo a vulnerabilidade da empresa ré, é induvidosa a aplicabilidade do CDC, com a mitigação dos rigores da teoria finalista. - Tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor em suas relações com os fornecedores de produtos e serviços, o Código de Defesa do Consumidor permite a inversão do ônus da prova, como exceção à regra do Direito Processual Civil, que deve ser aplicada quando reconhecida a sua hipossuficiência. - Não há abusividade na taxa de juros contratada quando ela é inferior à taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central do Brasil para a mesma operação. - Segundo a orientação contida no julgamento do RESP repetitivo nº 1.255.573/RS, no STJ, nos contratos bancários celebrados até 30.04.2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96) era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC) ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto. Com a vigência da Resolução 3.517/07, em 30 de abril de 2008, a cobrança por serviços bancários prioritários para pessoas físicas ficou limitada às hipóteses taxativamente previstas em norma padronizada expedida pela autoridade monetária. Desde então, não tem mais respaldo legal a contratação de TEC e TAC ou outra denominação para o mesmo fato gerador. Havendo o contrato, na espécie, sido celebrado no ano de 2012, nos termos do referido precedente, a taxa de abertura de crédito não deve ser admitida. - Recurso conhecido e parcialmente provido."* (TJMS. Apelação Cível n. 0827433-74.2016.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 10/04/2019, p: 11/04/2019)

E ainda,

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – EMPRÉSTIMO DE CAPITAL DE GIRO PARA INCREMENTO EM ATIVIDADE EMPRESARIAL – VULNERABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA PERANTE O BANCO – APLICAÇÃO DO CDC – POSSIBILIDADE – TEORIA FINALISTA TEMPERADA – RECURSO DESPROVIDO. O Superior Tribunal de Justiça tem atenuado a aplicação da teoria finalista, admitindo a incidência do Código de Defesa de Consumidor na relação jurídico-obrigacional entre comerciantes ou profissionais quando estiver caracterizada situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência. (STJ; REsp 746.885/SP)."* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1408648-18.2016.8.12.0000, Corumbá, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 21/09/2016, p: 23/09/2016)

É a denominada teoria temperada da teoria finalista no que diz respeito a pessoas jurídicas, em que se a pessoa jurídica contratante apresenta algum tipo de vulnerabilidade perante o fornecedor, esta pode e deve, por justiça, ser equiparada a consumidora final.

Assim, com base no exposto, deve ser aplicado ao presente caso as regras contidas no Código de Defesa do Consumidor e consequentemente a inversão do ônus da prova, não merecendo reparo a decisão agravada.

Ante o exposto, divirjo do ilustre relator para conhecer e negar provimento a este recurso de agravo de instrumento.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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 e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 4 de maio de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Alexandre Bastos
Apelação Cível nº 0824423-51.2018.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – COMPRA E VENDA REALIZADA PELA *INTERNET* – INTERMEDIAÇÃO FEITA ATRAVÉS DA PLATAFORMA MAKETPLACE – TEORIA DO RISCO DO EMPREENDIMENTO – CADEIA DE CONSUMO – EMPRESA MANTENEDORA DO SITE É RESPONSÁVEL SOLIDÁRIA – LEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA – DANOS MORAIS – PRODUTO ENTREGUE FORA DO PRAZO E COM DEFEITO – AUSÊNCIA DE REEMBOLSO OU DE TROCA DO PRODUTO – DANOS MORAIS E MATERIAIS CONFIGURADOS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 11 de maio de 2020.

Des. Alexandre Bastos

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de Apelação Cível interposta por Cnova Comércio Eletrônico S/A contra sentença proferida pelo juízo singular, que julgou procedentes os pedidos formulados em ação de obrigação de fazer c/c danos morais, com pedido de tutela de urgência, ajuizada por Juliane Campos Araújo.

Em suas razões de apelação (f. 192-208), arguiu que ser parte ilegítima, uma vez que a empresa apenas *"disponibiliza o seu ambiente virtual para outros lojistas comercializarem itens para venda"*, e que a *"separação de estoque, emissão de nota fiscal e entrega"* é de responsabilidade do lojista que ofertou o produto.

Aduz, ainda, a ausência de conduta ilícita capaz de ensejar a condenação por danos morais e materiais.

Assim, requer o conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja reformada a sentença de primeiro grau.

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso (f. 214-220).

Não houve oposição ao julgamento virtual. (f. 225)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Cnova Comércio Eletrônico S/A contra sentença proferida pelo juízo singular, que julgou procedentes os pedidos formulados em ação de obrigação de fazer c/c danos morais, com pedido de tutela de urgência, ajuizada por Juliane Campos Araújo.

O apelante insurge-se contra a sentença na parte em que reconheceu a sua legitimidade passiva no processo, além de insurgir-se quanto a condenação de indenização por danos morais, materiais e a multa fixada em tutela de urgência.

Pois bem. Objetivando-se evitar a repetição inócua da mesma fundamentação por meio de palavras diferentes (tautologia jurídica), e, sobretudo, proporcionar uma prestação jurisdicional eficiente, efetiva e em prazo razoável - valendo-me, *in casu*, da técnica da fundamentação por remissão (motivação *per relationem*), habitualmente empregada por outros Tribunais pátrios[1], inclusive pelo STJ[2], e pacificamente referendada pelo STF[3] –, infiro que a sentença de f. deve ser ratificada por seus próprios e bem lançados fundamentos, os quais passo a adotar integralmente como razão de decidir pelo não provimento do presente recurso, mormente, em relação ao tema da prescrição e decadência e ausência de direito adquirido sustentada pela parte recorrente.

Forte nessas premissas, transcrevo, por oportuno, alguns trechos da fundamentação da r. sentença, *in verbis*:

> *"A presente lide deve ser solucionada à luz do Código de Defesa do Consumidor, especialmente no que diz respeito à integral reparação do dano moral a ser apurado.*
>
> *Aliás, as normas do Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública e de interesse e função social, de natureza cogente, como disposto no artigo 1º, que reconhece no consumidor a parte mais fraca na relação de consumo, afastando, assim, a igualdade formal das partes, tal como capitulada no Código Civil e outras leis, para acolher a vulnerabilidade do consumidor.*
>
> *As partes se enquadram nos conceitos de consumidor e fornecedor de produtos e serviços, na forma dos arts. 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor, de modo que, ao presente litígio serão aplicadas as disposições da Lei nº 8.078/90, a fim de garantir o equilíbrio processual das partes.*
>
> *A autora ajuizou a presente demanda argumentando, em síntese, que, na data de 28/03/2018, adquiriu por meio do site da empresa ré CNOVA um 'Guarda roupas Toronto 3 Portas Espelhadas - Móveis Europa - Braúna', no valor de R$1.899,00 (mil oitocentos e noventa e nove reais), fabricado pela ré Vivenda, e que as rés, além de descumprirem o prazo de entrega de 35 (trinta e cinco) dias, entregaram o móvel incompleto (faltando peças) e com as portas quebradas. Afirmou, ainda, que, desde então, vem solicitando a troca do produto por outro novo, sem vícios, contudo, não fora atendida pelas rés.*
>
> *Em análise à documentação juntada aos autos, especialmente, o documento de f. 43, observo que a previsão de entrega do produto adquirido pela autora era o dia 19/05/2018. Todavia, conforme consta do documento de f. 74, a entrega somente foi realizada na data de 11/07/2018.*

1 Art. 252 do RI-TJ/SP: Nos recursos em geral, o relator poderá limitar-se a ratificar os fundamentos da decisão recorrida, quando, suficientemente motivada, houver de mantê-la, apreciando, se houver, os demais argumentos recursais capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada no julgamento. Vide, por exemplo de aplicação, as Apelações: 99406023739-8, 99402069946-8; 1005546-68.2018.8.26.0590.

2 (...) **a viabilidade de o órgão julgador adotar ou ratificar o juízo de valor firmado na sentença, inclusive transcrevendo-a no acórdão, sem que tal medida encerre omissão ou ausência de fundamentação no *decisum*** (REsp n° 662.272-RS, 641.963-ES, 592.092-AL e 265.534- DF).

3 (...). **Reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação per relationem, que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República. A remissão feita pelo magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público, ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir. Precedentes** (AI 734.689-AgR/DF; ARE 657.355-AgR/SP; *HC* 54.513/DF; RE 585.932-AgR/RJ). (Grifei).

Outrossim, os sucessivos e-mails acostados pela demandante às f. 53-58 e 73-77 demonstram, estreme de dúvidas, todas as providências realizadas por ela após escoado o referido prazo de entrega, assim como, que o produto que lhe fora entregue apresentou avarias e ausência de peças imprescindíveis à sua montagem, o que obstacularizou o efetivo uso do móvel pela autora.

É certo que o caso presente trata-se de evidente situação de vício do produto, o qual, segundo disposição expressa no art. 18, § 1º, do CDC, deve ser reparado 'no prazo máximo de trinta dias' e que, se não observado tal lapso temporal, 'pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I – a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso'.

Todavia, considerando a peculiaridades do caso, especialmente a manifestação da requerida às f. 88-92, na qual informou que 'após várias alternativas viáveis para o cumprimento da obrigação de fazer, esta restou inexitosa', entendo por bem converter a obrigação de fazer em perdas e danos, fixando o valor de R$ 1.922,40 (mil novecentos e vinte e dois reais e quarenta centavos), montante equivalente ao total despendido pela autora para aquisição do bem (f. 38), salientando, todavia, que a presente conversão não tem o condão de isentar as rés quanto à multa fixada na decisão de f. 78-80, uma vez que a manifestação da parte ré ocorreu após o prazo fixado para cumprimento da obrigação.

Quanto ao dano extrapatrimonial, embora, via de regra, o mero inadimplemento contratual não gere abalo moral, observo que, no caso em testilha, a conduta das rés extrapolou os limites do simples inadimplemento.

Com efeito, não se pode admitir as alegações da ré CNOVA de que apenas 'disponibiliza o seu ambiente virtual para outros lojistas comercializarem itens para venda', e que a 'separação de estoque, emissão de nota fiscal e entrega' é de responsabilidade do lojista que ofertou o produto.

O fato de a requerente ter utilizado de plataforma de maketplace para chegar até a vendedora, ora requerida Vivenda Lazer Distribuidora de Utilidade LTDA, e por ali ter efetuado todos os procedimentos para efetuar a compra, não isenta a responsabilidade da requerida CNOVA, que deve responder pelos parceiros que expõe. (...)

Ademais, verte dos autos que a autora tentou, por várias vezes, solucionar o imbróglio, para obter o produto adquirido, todavia, mesmo após intimação da ré determinando a entrega do produto, não obteve êxito (f. 53-58, 73-77).

Ora, não é difícil imaginar a angústia pela qual passou a autora em razão de que permaneceu sem receber o produto adquirido, fato que, certamente, a fez experimentar uma sensação de impotência, desilusão, pois, de boa-fé, acreditou que o produto seria entregue dentro do prazo informado pela requerida.

Portanto, o dano extrapatrimonial em testilha não avulta do só inadimplemento contratual, mas do descaso e engano aos quais a autora foi submetida ao tentar receber o produto em questão, inclusive, pelo fato de a ré alegar que o mesmo não mais se encontra disponível, quando ainda permaneceu disponibilizando a venda do bem no site.

No que tange ao nexo causal, é certo que o dano moral experimentado pela autora decorre da conduta ilícita da ré, que manteve exposto em sua loja virtual oferta de produto sem estoque, e se a mesma não tivesse agido dessa forma, entregando o produto adquirido, a autora não teria sofrido qualquer abalo moral, o que evidencia a relação de causa e efeito entre conduta e dano.

A apelada Ebazar.Com.Br LTDA (Mercado Livre) atua como plataforma digital que oferece espaço para que terceiros produzam conteúdo e interajam entre si, o que, em regra, não é suficiente para sua responsabilização civil por danos causados por seus usuários. Entretanto, na hipótese, trata-se de plataforma que oferece espaço para compra e venda de diversos produtos, motivo pelo qual se sobressaem as regras consumeristas.

(...)

Portanto, busca-se na espécie fornecer à vítima uma compensação, representada por uma comodidade que compense o dano sofrido, no mesmo passo em que se aplica uma medida de caráter repressivo e preventivo ao responsável pelo dano causado, com eminente função educativa a fim de que evite, no futuro, esse tipo de comportamento.

Leva-se em conta, também, o nível social da vítima e do causador do dano, para que a compensação não resulte inexpressiva para um e inócua para a outra, tendo em vista as finalidades reparatórias e compensatórias buscadas.

Assim, considerando as peculiaridades do caso ora examinado, tenho como justo e adequado fixar o valor da indenização em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

O montante deverá ser corrigido monetariamente a partir desta sentença, nos termos da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça, com juros de mora a partir da citação, nos termos do artigo 405 do Código Civil.

Ante o exposto, julgo procedente o pedido contido na inicial para o fim de (a) confirmar a tutela provisória de urgência de f. 78-80, contudo, converto a obrigação de fazer em perdas e danos, e condeno as rés, solidariamente, ao pagamento do valor de R$ 1.922,40 (mil novecentos e vinte e dois reais e quarenta centavos), que deverá ser corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV, a partir do respectivo desembolso e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a fluir da citação; e (b) condenar as rés, solidariamente, ao pagamento de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de indenização por danos morais, corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV a partir desta sentença e com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, contados da citação.

Condeno a ré ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, os quais arbitro em 15% (quinze por cento) sobre o valor total da condenação, observados os ditames do artigo 85, § 2º, do Código de Processo Civil."

A sentença está consonante à jurisprudência deste Tribunal, inclusive desta 4ª Câmara Cível - conforme se pode observar das ementas abaixo colacionadas:

"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE DANOS INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – COMPRA REALIZADA PELA INTERNET – PRODUTO NÃO ENTREGUE NO PRAZO – EMPRESA GESTORA DOS ANÚNCIOS – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – CADEIA DE CONSUMO – DANOS MORAIS – CONFIGURADOS – VALOR MANTIDO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Tendo em vista que a loja virtual e a intermediária de anúncios são partícipes da mesma cadeia de prestação de serviços, afigura-se indissociável a responsabilidade solidária entre elas, nos termos da previsão contida no art. 34 do CDC. 2. A situação fática posta, pela compra de produtos para utilização em aniversário não entregues no prazo acordado, gera o dano moral à autora não só pela perda do tempo livre, como também pela prestação de serviço defeituoso, sendo devida a reparação, por extrapolar mero dissabor ou aborrecimento, inerentes ao desacordo comercial e à vida em sociedade. 3. In casu, levando em conta todos esses fatores, o inequívoco constrangimento e aborrecimento, tem-se que a quantia de R$ 5.000,00 não se mostra exorbitante posto que em casos semelhantes tem-se fixado valor superior a este." (TJMS. Apelação Cível n. 0801868-86.2018.8.12.0018, Paranaíba, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 20/11/2019, p: 01/12/2019)

"EMENTA – EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – APELAÇÃO DA RÉ

LENOVO TECNOLOGIA BRASIL LTDA – NÃO CONHECIMENTO PARCIAL POR AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO AO PEDIDO DE AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO À RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO – MÉRITO – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – DEMORA NA SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO DEFEITUOSO – QUANTUM FIXADO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS BEM FIXADOS – IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, NÃO PROVIDO. EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL DA RÉ CNOVA COMÉRCIO ELETRÔNICO S.A – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – DEMORA NA SUBSTITUIÇÃO DO PRODUTO DEFEITUOSO – QUANTUM FIXADO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO." (TJMS. Apelação Cível n. 0834206-72.2015.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Alexandre Bastos, j: 30/07/2019, p: 31/07/2019)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA DA REQUERIDA/EMPRESA – IMPROCEDENTE – VASTA PROVA DA RESPONSABILIDADE DA CNOVA COMERCIO ELETRÔNICO S.A CONSISTENTE EM COMPROVANTE DA DATA DA COMPRA E O LONGO PERÍODO DE ESPERA DO CONSUMIDOR – PEDIDO DE REDUÇÃO DA CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS – NEGADO – FIXADOS COM RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE, CONFORME PRECEDENTES DO TJMS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Se a empresa recebeu por produto vendido em site online, não entregou a mercadoria e nem mesmo devolveu o valor indevidamente recebido, deve arcar com o pagamento de indenização por danos morais, pois em conformidade com o que prescreve os §§ 1º, 2º e 3º do artigo 14 do Código de defesa do Consumidor e jurisprudência do TJMS/STJ. Não se reduz o valor da indenização por danos morais quando estabelecido dentro dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, em consonância com a jurisprudência desta Corte de Justiça." (TJMS. Apelação Cível n. 0804090-28.2016.8.12.0008, Corumbá, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 04/10/2017, p: 05/10/2017)

O que se observou no caso vertente foi verdadeiro descaso do apelante com a situação vivida pelo apelado, tendo em vista que não houve atendimento eficaz ao consumidor, além da inércia injustificada quanto à necessária substituição do produto defeituoso, compelindo o apelado a ajuizar ação judicial.

Portanto, correta a sentença recorrida, tendo em vista que o *quantum* indenizatório foi fixado de acordo com os limites impostos pela proporcionalidade e razoabilidade ao caso concreto.

No que toca ao pedido específico do apelante sobre a redução ou exclusão da multa diária fixada em tutela de urgência, tenho que este não merece provimento, pois conforme se verifica nos autos e inclusive no próprio recurso de apelação interposto, o prazo para o cumprimento da obrigação se findaria em 19/09/2018, sendo certo que o recorrente se manifestou nos autos em 20/09/2018, pugnando pela conversão da obrigação em perdas e danos e efetuou o deposito em juízo do valor atualizado do produto no importe de R$ 2,003,96 (f. 172-174).

Assim, tendo em vista que o apelante cumpriu alternativamente a obrigação interposta com um dia de atraso, a *astreinte* deve ser mantida e limitada ao valor de R$350,00, pois não se mostra excessivo no presente caso.

Por fim, considerando o valor já depositado a título de indenização por perdas e danos, devidamente comprovado nos autos, este deve ser compensado no valor da condenação fixada.

Isto posto e demais que dos autos constam, conheço o recurso de Cnova Comércio Eletrônico S.A e nego-lhe provimento.

Em atenção ao que dispõe o art. 85, § 11, do NCPC, evidenciada a sucumbência em segundo grau, majoro os honorários advocatícios para 18% (dezoito por cento) sobre o valor da condenação.

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. Alexandre Bastos.

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre Bastos, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 11 de maio de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski
Apelação/Remessa Necessária nº 0800838-02.2016.8.12.0013 – Jardim

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – APELAÇÃO CIVEL – APELANTE ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER/TUTELA DE URGÊNCIA – ALEGA QUE NÃO COMPROVOU A INEFICÁCIA DOS MEDICAMENTOS DO SUS E A IMPRESCINDIBILIDADE DOS FÁRMACOS PLEITEADOS – REQUISITOS DA TESE FIRMADA NO RESP nº 1.657.156-RJ – MEDICAMENTOS *OFF LABEL* – POSSIBILIDADE – REQUER O REDIRECIONAMENTO DA COMPETÊNCIA PARA UNIÃO PARA MEDICAMENTO NÃO INCORPORADOS PELO SUS – RAZÕES NÃO CONHECIDAS – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – SOLIDARIEDADE DOS ENTES PÚBLICOS – APONTA A NÃO COMPROVAÇÃO DA INEFICÁCIA DOS MEDICAMENTOS DISPONÍVEIS PELO SUS – IMPRESCINDIBILIDADE DO LAUDO MÉDICO – RAZÃO AFASTADA – NECESSIDADE COMPROVADA PELO ATENDIMENTO MÉDICO – SITUAÇÃO GRAVE DE SAÚDE – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E NA PARTE CONHECIDA DESPROVIDO COM O PARECER.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: por unanimidade, com o parecer, conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 3 de abril de 2020.

Des. Amaury da Silva Kuklinski

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado do Mato Grosso do Sul, contra decisão proferida na ação de obrigação de fazer com pedido liminar proferida pelo Juízo de Direito da Comarca de Jardim-MS, que julgou procedente a exordial em favor de Jair Gonçalves de Oliveira

No caso em tela, a parte autora ajuizou ação em face do Estado de Mato Grosso do Sul, requerendo o fornecimento do medicamento Xarelto (Rivaroxabana) 20 mg.

Trata-se de Jair, 43 anos, vítima de uma queda do telhado de uma casa, sendo submetido a internação por pneumonia, trauma na cabeça evoluindo para trombose venosa profunda de membro inferior e tromboembolismo. Obteve alta com sequelas de hemorragia intracerebral e para seu uso continuo necessita do medicamento prescrito, o qual é apontado como o único fármaco que pode controlar sua patologia.

Sustenta a inobservância à tese firmada pelo STF e requer seja direcionado para a União, com sua inclusão no polo passivo, para o caso de fornecimento dos medicamentos não incorporados ao SUS.

Aponta a ausência de prova da imprescindibilidade dos medicamentos não incorporados no SUS e sugere diversos outro medicamento para o tratamento da moléstia do agravado.

Contrarrazões às f. 160-190.

Parecer ministerial pelo desprovimento do recurso às f. 202-211.

É o relatório.

VOTO

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

Jair Gonçalves de Oliveira ajuizou a ação de origem em desfavor do apelante, relatando necessidade do uso contínuo de medicamentos e sua hipossuficiência, razão pela qual pleiteia o fornecimento pelo Poder Público.

Para comprovar a necessidade, apresentou receituário médico emitido pela profissional que o atendeu.

Logo de início, deixo de conhecer do recurso no tocante ao pedido de inclusão da UNIÃO no polo passivo em vista da supressão de Instância.

No julgamento do REsp nº 1.657.156-RJ, 1ª Seção, 25-4-2018, Rel. Benedito Gonçalves, representativo do Tema nº 106, o Superior Tribunal de Justiça fixou tese segundo a qual a concessão de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

> *"(i)* ***comprovação,*** *por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da* ***imprescindibilidade ou necessidade do medicamento****, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii)* ***incapacidade financeira*** *de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii)* ***existência de registro na ANVISA*** *do medicamento."*
>
> *"ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – TEMA 106 – JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015 – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS – POSSIBILIDADE – CARÁTER EXCEPCIONAL – REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO – (...)4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015* **A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação,por meio de laudo médico fundamentado e circunstancia do expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii)incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento**. *5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015."* (STJ, Recurso Especial nº 1.657.156 - RJ (2017/0025629-7); Relator: Ministro Benedito Gonçalves Recorrente; Data do Julgamento: 25/04/2018). Destaquei.

O medicamento requerido possui registro na ANVISA; os elementos dos autos denotam, ao menos neste momento, incapacidade financeira do requerente para arcar com os custos do fármaco, e há ainda suficiente comprovação da necessidade do medicamento pedido conforme laudo.

O laudo médico do profissional que atende o paciente na rede pública e os exames acostados aos autos, indicam a necessidade do uso do medicamento pleiteado. O apelado já realizou tratamento junto ao SUS e o profissional de saúde é categórico ao afirmar que a medicação pleiteada é imprescindível para proporcionar qualidade de vida ao enfermo.

Sendo assim, o direito a medicação de alto custo ou tratamento que o valha, ou até mesmo insumos que impossibilite financeiramente o doente de dar continuidade ao restabelecimento clínico é garantido pela Constituição Federal, através do Sistema Único de Saúde - SUS, mas muitas vezes este direito só é obtido por ação judicial.

Vale lembrar que não cabe ao Poder Público decidir qual tratamento é melhor para o mal que aflige os pacientes, mas sim ao médico, integrante ou não da rede pública de saúde, que acompanha o paciente pessoalmente, ministrar o que achar mais conveniente para a melhora e cura do enfermo.

Assim segue o entendimento jurisprudencial de várias cortes:

> *"EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA –DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO – TRATAMENTO DE SAÚDE – PACIENTE COM DIABETES MELLITUS TIPO I – EQUIPAMENTO PARA A MEDIÇÃO DO NÍVEL GLICÊMICO. (...) 3. Responsabilidade solidária na prestação dos serviços de saúde. Cumpre tanto à União, quanto ao Estado e ao Município, modo solidário, à luz do disposto nos artigos 196 e 23, inciso II, da Constituição Federal 1988, o fornecimento de medicamentos a quem deles necessita, mas não pode arcar com os pesados custos. A ação poderá ser proposta contra um ou contra outro, ou, ainda, contra Estado e Município, pois todos os entes federativos têm responsabilidade acerca da saúde pública. Responsabilidade solidária dos entes federativos ainda que determinado fármaco não integre as listagens do Sistema Único de Saúde. 4. Princípio da tripartição dos poderes. Dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Da proibição de retrocesso. A violação de direitos fundamentais, sobretudo a uma existência digna, legitima o controle judicial, haja vista a inércia do Poder Executivo. 5. Direito ao tratamento. Sendo dever do ente público a garantia da saúde física e mental dos indivíduos, e restando comprovada nos autos a necessidade da parte requerente de submeter-se ao tratamento descrito na inicial, imperiosa a procedência do pedido para que o ente público o custeie. Exegese que se faz do disposto nos artigos 196 e 198, incisos, da Constituição Federal de 1988, e 241 da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, bem como na Lei Estadual/RS n. 9.908/93. (...). Mandado de segurança julgado procedente."* (Mandado de Segurança, nº 70076863976, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em: 07-12-2018)

> *"MANDADO DE SEGURANÇA – DEVER DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO PODER PÚBLICO (ART. 196, CF/1988) – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO SÚMULAS 29 E 37, TJSP – ATRIBUIÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE DO ESTADO DE ASSISTÊNCIA CLÍNICA INTEGRAL – INTELIGÊNCIA DO DISPOSTO NO ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – DEVER DE FORNECIMENTO PELA REDE PÚBLICA DE SAÚDE QUANDO COMPROVADA A HIPOSSUFICIÊNCIA E HOUVER PRESCRIÇÃO MÉDICA IDÔNEA, FATORES QUE, COADUNADOS, GERAM RISCO À VIDA E SAÚDE DO ENFERMO — PRECEDENTE DO STJ – MODULAÇÃO DO TEMA 106, DO STJ OBSERVADA – SENTENÇA CONCESSIVA MANTIDA – REEXAME NECESSÁRIO E RECURSOS VOLUNTÁRIOS NÃO PROVIDOS."* (TJSP; Apelação Cível 1000313-58.2016.8.26.0106; Relator (a): Ponte Neto; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Caieiras - 1ª Vara; Data do Julgamento: 24/07/2018; Data de Registro: 24/07/2018)

Assim é o entendimento deste tribunal:

> *"EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO – DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF/88) – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO PADRONIZADOS NA RENAME – TRATAMENTO DE DOENÇA PULMONAR OBSTRUTIVA CRÔNICA E ENFISEMA PULMONAR – POSSIBILIDADE – RECURSO ESPECIAL Nº 1.657.156/RJ – RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS – TESE JURÍDICA ESTABELECIDA – REQUISITOS PARA AS DEMANDAS DE MEDICAMENTOS NÃO DISPONIBILIZADOS PELO SUS – ATENDIDOS – MULTA COMINATÓRIA CONTRA FAZENDA PÚBLICA – POSSIBILIDADE – VALOR E PERIODICIDADE – RAZOÁVEL. 1. Hipótese em que se discute a) a legitimidade passiva do Estado; b) se o caso em apreço se*

adequa à tese fixada no julgamento do REsp repetitivo nº 1.657.156; e c) a possibilidade da fixação de multa cominatória e a razoabilidade do seu valor. 2. A União, os Estados e os Municípios têm responsabilidade solidária quanto ao funcionamento do Sistema Único de Saúde, podendo qualquer deles figurar no pólo passivo das demandas que tratam de prestação de serviços de saúde pública. Precedentes do STJ e STF. 3. No julgamento do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, pela 1ª Seção, do Superior Tribunal de Justiça, sob o rito do art. 1.036, do CPC/15, foi estabelecida a tese jurídica, com três requisitos que devem ser observados, cumulativamente, nas demandas para o fornecimento, pelos Entes Públicos, de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. 4. Na espécie, o autor apresentou laudo médico fundamentado, no qual atesta a imprescindibilidade do medicamento para o seu tratamento, sendo este registrado na ANVISA, bem como pessoa hipossuficiente atendida pela Defensoria Pública. 5. O art. 573, do CPC/2015 normatiza sobre a aplicação de astreinte e prevê que 'a multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito'. No caso, mantida a multa para o caso de descumprimento da decisão judicial. 6. Apelação conhecida e não provida." (TJMS. Apelação n. 0800201-04.2018.8.12.0006, Camapuã, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 19/11/2018, p: 20/11/2018).

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MEDICAMENTO – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO MUNICÍPIO PARA A AÇÃO QUE BUSCA O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS – PRELIMINAR REJEITADA. I) O funcionamento do Sistema Único de Saúde é de responsabilidade solidária da União, dos Estados, do DF e dos Municípios, de modo que qualquer um desses entes tem legitimidade para figurar no polo passivo de ação que objetiva a garantia do acesso a serviços que visem à promoção, proteção e recuperação da saúde. Precedentes do STJ e STF. II) Preliminar rejeitada. MÉRITO – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO SUS – RESP nº. 1657156/RJ – COMPROVAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DE OUTRO MEDICAMENTO PARA O TRATAMENTO DA DOENÇA DO REQUERENTE E DE SUA HIPOSSUFICIÊNCIA – MEDICAMENTO DEVIDAMENTE REGISTRADO PELA ANVISA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. I) A obrigatoriedade de fornecimento pelo Poder Público de medicamentos não incluídos na lista do SUS depende, nos termos do Resp nº. 1657156/RJ, julgado sob o rito dos recursos repetitivos, da comprovação: (i) da imprescindibilidade ou da necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente; (ii) da incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e (iii) da existência de registro na ANVISA do medicamento. II) Constatada a presença de todos os requisitos, deve ser acolhido o pedido para determinar o fornecimento do medicamento. III) Recurso conhecido, mas improvido. Sentença mantida." (TJMS. Apelação n. 0800351-54.2016.8.12.0038, Nioaque, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 18/07/2018, p: 19/07/2018).

Os entes federados possuem responsabilidade solidária quanto ao fornecimento de medicamentos. Neste sentido:

"DIREITO CONSTITUCIONAL – SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO – SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS – PRECEDENTES – ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 10.10.2012. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um deles, União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. Agravo regimental conhecido e não provido." (STF - ARE: 799978 RS , Relator: Min. Rosa Weber, Data de Julgamento: 21/10/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-219 Divulg 06-11-2014 Public. 07-11-2014).

Portanto, não prospera a alegação de que o fornecimento de medicamentos não padronizados no RENAME é obrigação da União, visto que os entes públicos respondem de forma solidária pela obrigação em tela.

A probabilidade de direito está demonstrada no presente caso, em função da prescrição do profissional que atende diretamente o paciente.

Existe a possibilidade de se conceder o fornecimento de medicamentos *off label*, ou seja, fora da indicação contida na bula. Isso porque, quem melhor possui condições de conhecer acerca da necessidade do tratamento é o profissional de saúde que atende diretamente a vítima. Esse é o entendimento esposado pelo STJ.

> *"RECURSO ESPECIAL – RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS – PLANO DE SAÚDE – CONTROVÉRSIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO PELA ANVISA. 1. Para efeitos do art. 1.040 do NCPC: 1.1. As operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA. 2. Aplicação ao caso concreto: 2.1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC/73 quando o Tribunal de origem enfrenta todas as questões postas, não havendo no acórdão recorrido omissão, contradição ou obscuridade. 2.2. É legítima a recusa da operadora de plano de saúde em custear medicamento importado, não nacionalizado, sem o devido registro pela ANVISA, em atenção ao disposto no art. 10, V, da Lei nº 9.656/98, sob pena de afronta aos arts. 66 da Lei n.º 6.360/76 e 10, V, da Lei n.º 6.437/76. Incidência da Recomendação n.º 31/2010 do CNJ e dos Enunciados n.º 6 e 26, ambos da I Jornada de Direito da Saúde, respectivamente, a determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; e, é lícita a exclusão de cobertura de produto, tecnologia e medicamento importado não nacionalizado, bem como tratamento clínico ou cirúrgico experimental. 2.3. Porém, pós o registro pela ANVISA, a operadora de plano de saúde não pode recusar o custeio do tratamento com o fármaco indicado pelo médico responsável pelo beneficiário. 2.4. Em virtude da parcial reforma do acórdão recorrido, com a redistribuição dos ônus da sucumbência, está prejudicado o recurso especial manejado por ONDINA. 3. Recurso especial interposto pela AMIL parcialmente provido. Recurso especial manejado por ONDINA prejudicado. Acórdão sujeito ao regime do art. 1.040 do NCPC."* (REsp 1712163/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, julgado em 08/11/2018, DJe 26/11/2018).

Ante o exposto, com o parecer, conheço em parte do recurso interposto e na parte conhecida nego provimento ao recurso, nos termos acima descritos.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, conheceram em parte do recurso e, na parte conhecida, negaram-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 3 de abril de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator designado Des. Amaury da Silva Kuklinski
Agravo de Instrumento nº 1412635-57.2019.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE TERCEIRO E AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO (OPERAÇÃO LUCRO FÁCIL) – PEDIDO DE LEVANTAMENTO DA RESTRIÇÃO DO VEÍCULO PORSCHE CAYENE V6 NÃO CONHECIDO – QUESTÃO QUE NÃO INTEGRA A DECISÃO OBJURGADA – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – MATÉRIA ANALISADA EM OUTRO RECURSO – DOCUMENTOS QUE, EM QUE PESE NÃO SEREM NOVOS, SÃO IMPRESCINDÍVEIS PARA A SOLUÇÃO DA LIDE E FORAM APRESENTADOS EM AUDIÊNCIA EM RAZÃO DE DÚVIDA DO JUIZ – VERDADE REAL – PRETENSÃO DE SUSPENSÃO DE DECISÃO DE OUTRO PROCESSO AFETA A RESTRIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – QUESTÃO JÁ ANALISADA ANTERIORMENTE – DÚVIDA QUE ENSEJOU O INDEFERIMENTO DO PEDIDO SANADA PELAS PROVAS INDEFERIDAS – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

O recurso deve preencher determinados requisitos, dentre os quais a impugnação específica dos fundamentos da decisão desafiada, ou seja, a motivação que enseja o inconformismo deve guardar pertinência, correlação e congruência com aquilo que serviu de fundamentação ao *decisum* do magistrado, sob pena de malferência ao princípio da dialeticidade.

Devem ser juntados aos autos os documentos apresentados em audiência cuja constatação da existência deles surgiu de dúvida do juiz, sendo que se trata de documento que compro questão determinando para o julgamento da lide e haverá a oportunidade de manifestação da parte contrário, sendo certo, outrossim, que era possível a determinação de juntada pelo juiz, nos termos do art. 370 do CPC.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por maioria, conheceram em parte do recurso e, nesta extensão, deram-lhe provimento, nos termos do voto do 1º Vogal, vencido o relator.

Campo Grande, 27 de maio de 2020.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

7 Reis Participação e Empreendimentos - EIRELI interpõe agravo de instrumento em face do Ministério Público Estadual e de Mirna Saad Cruz, insurgindo-se contra a decisão de f. 238-240 do douto juiz da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, Dr. David de Oliveira Gomes Filho, que, em embargos de terceiro ajuizado pela agravante (Autos n. 0816481-65.2018.8.12.0001), indeferiu o pedido de juntada de *prints* de conversa do aplicativo *Whatsapp* e de áudios relativos à negociação de compra e venda do automóvel objeto da demanda.

Defende a possibilidade de juntada dos documentos apresentados na audiência de instrução e julgamento, consistente em conversas entre o sócio da agravante e a testemunha, Sr. Valdemiro Henriques Júnior, vendedor da garagem Motosport que intermediou o negócio jurídico objeto dos autos.

Conta que *"durante a inquirição da testemunha, o juiz questionou como teria sido realizada a venda, então a testemunha respondeu que a negociação teria se iniciado através de mensagens trocadas pelo aplicativo WhatsApp, momento em que o juiz perguntou se o mesmo teria a conversa salva em seu telefone. A testemunha respondeu que não, entretanto o Sr. Felipe, que é representante da agravante se recordou de procurar em seu próprio telefone, conforme consignado em ata de audiência."*

Transcreve os áudios contidos nas conversas.

Sustenta que o conteúdo das mensagens é de grande valia para o processo, pois comprova que houve, de fato, um negócio jurídico entre as partes e que nunca houve a alegada simulação sustentada pelo Ministério Público.

Aduz que é possível constatar a boa-fé no pedido de juntada dos documentos, conforme impressão do próprio magistrado consignada na decisão agravada, sendo que a iniciativa decorreu da inquirição da testemunha Valdemiro.

Cita jurisprudência no sentido de que é possível a juntada dos documentos desde que respeitado o contraditório, o que foi oportunizado aos agravados durante a audiência.

Ressalta que no início da audiência o juiz deferiu a juntada de documentos da agravada, que reconhece não serem novos, com arrimo no princípio da busca da verdade real e verificando a ausência de má-fé, de modo que deveria ter adotado o mesmo entendimento quando decidiu o segundo pedido de juntada extemporânea de provas.

Discorre sobre a veracidade das provas, destacando que a apresentação delas foi espontânea e em evidente ausência de má-fé, sendo, ademais, que junta ao processo os certificados de autenticidade com registro Blockchain e suas respectivas Hash's, de modo a comprovar a veracidade do conteúdo.

Pede a antecipação da tutela recursal para que, diante das provas que se pretende juntar e dos novos fatos, exsurge a necessidade de suspensão da restrição imposta nos Autos n. 0900185-73.2018.8.12.0001, quanto à transferência do veículo Porsche Cayenne V6, placa FRH9578, Renavam n. 01063900392.

O recurso foi recebido e concedida a tutela antecipada recursal para suspender a restrição imposta nos Autos n. 0900185-73.2018.8.12.0001, quanto à transferência do veículo Porsche Cayenne V6, placa FRH9578, Renavam n.º 01063900392, liberando-o da medida restritiva imposta.

A agravante manifestou oposição ao julgamento virtual (f. 284).

O Ministério Público Estadual apresentou contraminuta às f. 301-309, afirmando que a causa de pedir recursal deveria estar limitada à decisão agravada que dispõe sobre a utilização de prova documental.

Aduz que a agravante não observou a regularidade formal ao tratar, nas razões apresentadas, sobre suspensão de restrição imposta sobre o veículo, uma vez que essa matéria não foi enfrentada pelo juízo *a quo* e não integra a interlocutória agravada, mesmo porque essa E. 3ª Câmara Cível já decidiu, no Agravo n. 1405895-20.2018.8.12.0000, pela indisponibilidade do automotor.

No que tange ao mérito defende que não se trata de documento novo, mas de prova que já existia desde o início da lide.

A agravante se manifestou às f. 363-369 sobre as preliminares arguidas.

VOTO (EM 13/05/2020)

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

Conforme relatado, 7 Reis Participação e Empreendimentos - EIRELI interpõe agravo de instrumento em face do Ministério Público Estadual e de Mirna Saad Cruz, insurgindo-se contra a decisão de f. 238-240 do douto juiz da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, Dr. David de Oliveira Gomes Filho, que, em embargos de terceiro ajuizado pela agravante (Autos n. 0816481-65.2018.8.12.0001), indeferiu o pedido de juntada de *prints* de conversa do aplicativo *Whatsapp* e de áudios relativos à negociação de compra e venda do automóvel objeto da demanda.

Das preliminares arguidas em contraminuta

Destaco que as preliminares arguidas já foram decidas no agravo interno apenso ao presente recurso, conforme fundamentos que transcrevo a seguir:

> *"II*
>
> *Da afronta ao princípio da dialeticidade*
>
> *Afirma que a restrição imposta ao bem automotor, além de não ter sido objeto da decisão impugnada pelo agravo de instrumento, já foi submetida a julgamento por esta Câmara Cível.*
>
> *Argumenta que não foi observada a regularidade formal a respeito da suspensão de restrição imposta sobre o veículo, pois questão não foi enfrentada na decisão agravada.*
>
> *Destaca que a 3ª Câmara Cível já decidiu pela manutenção da indisponibilidade do automotor quando do julgamento do Agravo de Instrumento n. 1405895-20.2018.8.12.0000, interposto contra decisão interlocutória proferida anteriormente pelo juízo singular, pela qual havia indeferido especificamente o pedido liminar de suspensão das medidas constritivas impostas sobre o mencionado automóvel.*
>
> *Sem razão, todavia.*
>
> *Observa-se que a questão afeta à liberação do veículo já foi decida pelo juiz e pelo órgão colegiado, sendo que a restrição foi mantida diante da ausência de verossimilhança das alegações, tendo em vista os fortes indícios de simulação quando da aquisição dos veículos. Vejamos a ementa do referido acórdão:*
>
> *'EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE TERCEIRO E AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO (OPERAÇÃO LUCRO FÁCIL) – VEÍCULO CUJA VENDA FOI BLOQUEADA POR DECISÃO JUDICIAL QUE DECRETOU A INDISPONIBILIDADE DOS BENS DA VENDEDORA – DÚVIDAS RAZOÁVEIS, INCLUSIVE, SOBRE A PROPRIEDADE DO BEM OBJETO DA LIDE – ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE NEGÓCIOS JURÍDICOS SIMULADOS – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO'.*
>
> *Há existência de fortes indícios da ocorrência de simulação de negócios jurídicos afasta a alegação do adquirente do veículo de que se trata de terceiro de boa-fé.*
>
> *Manutenção da medida de urgência que decretou a indisponibilidade do bem móvel.*
>
> *A prova cuja juntada foi impedida pelo juiz demonstra justamente a ausência de simulação, o que afasta a dúvida que embasou a decisão anterior da Câmara.*
>
> *O bem bloqueado na ação civil pública é um automóvel que perde valor com o tempo, sendo abusiva a restrição diante das novas provas apresentadas contundentes a respeito da inexistência de simulação, havendo urgência na liberação do veículo, o que foi determinante para a antecipação da tutela recursal."*

Mérito recursal

Conforme consignado na decisão que recebeu o presente agravo de instrumento (f. 285-294), a agravante pleiteia a juntada de prova afeta à ausência de simulação na transferência da propriedade do automóvel Porsche Cayenne V6, placa FRH 9578 adquirido de Mirna Saad Cruz que foi incluída no polo passivo da ação coletiva de consumo ajuizada pelo Ministério Público Estadual, na qual o douto juiz de primeiro grau deferiu parcialmente os pedidos formulados pelo autor coletivo para determinar:

> *"a) a busca e apreensão de documentos, equipamentos eletrônicos, aparelhos celulares, mídias eletrônicas, valores e demais itens relacionados com o objeto do processo, nos endereços dos requeridos indicados na petição inicial e na emenda (f. 609-610);*
>
> *b) o impedimento de ingresso de novos afiliados, empreendedores ou afins na Minerworld. Para tanto, ficam os requeridos cientes deste impedimento e sujeitos a multa de R$ 50.000,00 por nova pessoa que vier ingressar nos planos a que se refere a inicial desta ação;*
>
> *c) a indisponibilidade de bens dos requeridos até o limite de R$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais)."*

É de se ver que a decisão está limitada ao indeferimento da juntada de documentos que o juiz considerou novos, não tratando da liminar que determinou o bloqueio do automóvel objeto da demanda, a qual restou mantida por esta E. Câmara Cível no Agravo de Instrumento n. 1405895-20.2018.8.12.0000.

Fui relator no referido agravo de instrumento e proferi voto com as seguintes conclusões a respeito da prova dos autos:

> *"Ocorre que foi devidamente comprovado nos autos, através dos documentos anexados pela agravante, constantes da inicial da ação de embargos de terceiro, que o referido veículo foi por ela adquirido antes da inclusão da Srª. Mirna no polo passivo da demanda, verificando-se que a transferência do valor do veículo foi efetivada em 25/04/2018 (f. 37-38), sendo que a vendedora assinou o documento de transferência do veículo e teve a firma reconhecida em 26/04/2018 (f. 40).*
>
> *É certo que o valor da transação foi depositado em nome de terceira pessoa, mas esse procedimento foi autorizado pela vendedora, conforme comunicação eletrônica juntada às f. 36 dos autos. O pagamento do preço da aquisição, de qualquer forma, é induvidoso.*
>
> *No entanto, a restrição quanto à transferência da propriedade do veículo somente foi inserida no sistema em 04/05/2018, conforme prova o documento de f. 42, uma vez que a decisão que incluiu a vendedora no polo passivo da ação de consumo foi proferida em 03/05/2018 (f. 44-46).*
>
> *Desta forma, dúvida não há a respeito da boa-fé da agravante, uma vez que adquiriu o bem sem o devido conhecimento a respeito das investigações e instauração da demanda coletiva, mesmo porque a demanda ainda não tinha sido direcionada contra a vendedora, Mirna Saad, na época da conclusão do negócio jurídico que embasa os presentes embargos.*
>
> *No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, ademais, já se consolidou o entendimento de que o terceiro de boa-fé não pode ser prejudicado, como no caso, não se lhe estendendo os efeitos da coisa julgada. Confira-se:*
>
> *Segundo a regra geral disposta no artigo 472 do CPC/1973, a coisa julgada só opera efeito entre as partes integrantes da lide. Assim, não há falar em extensão dos efeitos da coisa julgada ao terceiro de boa-fé. (REsp 1666827/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/06/2017, DJe 30/06/2017)*
>
> *Essa parte integrante da lide, ademais – e no caso concreto – só ocorreu depois que a alienação havia se operado, muito mais sabido que, em se tratando de coisa móvel, a*

transferência do domínio se opera tão-somente com a tradição da coisa. Em sendo veículo, o registro no DETRAN é formalidade administrativa que não interfere na transferência do domínio que se operou quando, pelo menos, do reconhecimento das firmas dos contratantes no documento respectivo."

Porém, a 3ª Câmara Cível decidiu por negar provimento ao recurso e manter o bloqueio do veículo, acompanhando o voto do Des. Amaury da Silva Kuklinski, conforme ementa que transcrevo a seguir:

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE TERCEIRO E AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO (OPERAÇÃO LUCRO FÁCIL) – VEÍCULO CUJA VENDA FOI BLOQUEADA POR DECISÃO JUDICIAL QUE DECRETOU A INDISPONIBILIDADE DOS BENS DA VENDEDORA – DÚVIDAS RAZOÁVEIS, INCLUSIVE, SOBRE A PROPRIEDADE DO BEM OBJETO DA LIDE – ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE NEGÓCIOS JURÍDICOS SIMULADOS – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Há existência de fortes indícios da ocorrência de simulação de negócios jurídicos afasta a alegação do adquirente do veículo de que se trata de terceiro de boa-fé.

Manutenção da medida de urgência que decretou a indisponibilidade do bem móvel."

É de se ver que, em audiência realizada nos presentes embargos de terceiro, ao ouvir a pessoa que intermediou a compra e venda, o nobre julgador de primeiro grau indagou se a testemunha não teria alguma das conversas que comprovam essa negociação e foram mostradas ao juiz, no mesmo momento, conversas de *Whatsapp* que atendem ao objetivo do juiz.

Porém, o juiz não permitiu a juntada das referidas provas aos autos por entender que não se trata de documento novo, sendo essa a decisão agravada que transcrevo a seguir:

"Aberta a audiência, o juiz decidiu o pedido de f. 174-176. Vistos etc. Os pontos controvertidos citados no item 'a' do pedido de f. 176, quais sejam, simulação de negócio jurídicos e audiência de boa-fé por parte da embargante foram deferidos na decisão de f. 142, conforme se vê do item 6 incisos II e III. Nesta parte, portanto, não há motivo para se preocupar porque a pretensão do Ministério Público já foi acolhida lá atrás. No que se refere ao ônus da prova, também houve decisão às f. 141 no item 4, estabelecendo o ônus previsto no artigo 173, I e II para este processo. Apenas para complementar aquela decisão e para que não fique sombra de dúvidas, o parágrafo primeiro do artigo 373 do CPC diz que, nos casos previstos em lei, e aqui lembramos do artigo 6º do CDC, 'poderá' o juiz atribuir ônus da prova de modo diverso, e, no mesmo artigo, segue-se que deverá ser feito por decisão fundamentada e permitindo-se à parte que tenha uma oportunidade de fazer a prova que lhe tenha sido imposta. Isto significa que a regra geral é a do artigo 373 do CPC e a exceção é a do artigo 6º do CDC, que, nos termos da lei 'poderá' ser invertida por decisão fundamentada.

Deste modo, a decisão saneadora ao definir os ônus da prova às f. 141 já esclareceu a quem cabe fazer o que. Por estes motivos, indefiro os pedidos de f. 176. O MP pediu que fosse reiterado o ofício expedido ao Detran com a cadeia dominial do veículo, já que se passaram vários meses e ainda não veio a resposta. O juiz deferiu o pedido. Cumpra-se o cartório com urgência. O MP impugnou a juntada de documentos de f. 166-171, pela Sra. Mirna, porque não são novos na acepção jurídica do termo. O juiz ouviu a defesa a respeito, que disse que os documentos juntados são documentos que estão no processo principal, são úteis à defesa da Sra. Mirna e que o recibo de transferência do automóvel é do interesse do próprio MP já que pediu que o Detran/MS informasse a cadeia dominial. A parte embargante não se opõe a permanência dos documentos. O juiz decidiu: Vistos etc. De fato, os documentos apresentados não são novos na acepção jurídica do termo, mas são documentos que ajudam a trazer uma noção um pouco mais ampla a respeito dos fatos discutidos no processo e foram apresentados em tempo para que houvesse impugnação e se estabelecesse um contraditório prévio à audiência. Buscando arrimo no princípio da busca da verdade real e verificando a ausência de má-fé, autorizo sua permanência nos autos. Foi proposta a conciliação, que restou frustrada. O juiz ouviu a Sra. Mirna e, em seguida, o Sr. Valdomiro, conforme os termos de áudio e vídeo

em anexo. Como as testemunhas do Ministério Público não foram intimadas por falha do cartório, o juiz redesignou a audiência para ouvi-las no dia 15/10/2019 às 14:00h. Deverá o cartório expedir os respectivos mandados com urgência. O advogado do embargante pediu a seu cliente para buscar no celular a conversa que teve com o senhor Valdomiro, vendedor de carro, e ele achou algumas fotografias datas do dia 23/04/2018 e pediu ao juiz autorização para printar esta conversa, bem como extrair os áudios em que o vendedor oferece o carro, e pediu para juntá-los ao processo. A embargada Mirna afirmou que não se opõe ao pedido do embargante, já que o objetivo das provas é apurar a verdade. O Ministério Público se manifestou: 'MM juiz toda a documentação da parte autora, segundo conhecida regra de Direito Processual Civil, deve acompanhar a petição inicial, no presente caso, assim, todos os documentos para instrução do feito deveriam ter vindo anexados na petição inicial dos embargos. À época em que os embargos foram opostos a empresa embargante já dispunha dos documentos eletrônicos, no celular do seu responsável legal, que agora tardiamente procura juntar aos autos. Por esta questão técnica, não é possível a juntada perseguida. Além disso, todo e qualquer documento eletrônico deve atender os requisitos de autenticidade, integridade, temporariedade e outros mais, na inteligência dos artigos 439 e seguintes c/c 194 e 195 do CPC. Nesse sentido, o Ministério Púbico se opõe a juntada pretendida e requer o indeferimento do pleito'. O juiz decidiu: Vistos etc. A definição de momentos certos para a juntada de documentos aos autos faz parte do devido processo legal e, por força do artigo 435 do CPC, somente é permitida sua juntada extemporânea quando tratarse de documento novo. Com o avanço tecnológico, temos uma nova espécie de documento que é o digital. No caso seriam prints de uma conversa de Whatsaap e áudios do garagista apresentando o veículo ao embargante. Sem dúvida alguma, esses elementos são documentos na acepção jurídica e deveriam acompanhar a petição inicial dos embargantes. Até se imagina a hipótese de juntada tardia no caso de inversão do ônus da prova, o que não ocorreu aqui. Tudo leva, portanto, ao acolhimento da pretensão do Ministério Público, posto que é a regra que define o procedimento adotado. É importante consignar, por outro lado, que a forma como a ideia de se juntar estes documentos ao processo veio pareceu ser muito espontânea, talvez até provocada pela inquirição da testemunha Valdomiro no momento em que ele falou que trocou mensagens com o embargante e o juízo chegou a indagar à testemunha, se ele teria essas conversas. A testemunha disse que não tinha, mas o embargante, silenciosamente, começou a procurar no seu celular e as encontrou, fazendo apresentação ao magistrado depois da oitiva do Sr. Valdomiro. Seu advogado, então, pediu a juntada extemporânea. Não nos pareceu que esta atitude tenha sido premeditada, ou com o propósito de surpreender o juízo ou à parte contrária e nem mesmo que tenha sido feito com má fé. Os elementos que lá constam são interessantes, mas sua juntada ao processo, neste momento, importaria na possibilidade de reinquirição das pessoas que já foram ouvidas, de questionamento quanto a própria autenticidade do que foi apresentado e, em última análise, fugiria completamente da ordem processual existente, pois a audiência já teve o seu início. Estaríamos criando um procedimento novo, que não é o dos embargos. Diferente foi a impugnação aos documentos decididos no início deste termo de assentada, quando a audiência sequer tinha se iniciado e os documentos eram os mesmos que constam do processo principal de onde foram tirados os embargos. Deste modo, com base no artigo 435 do CPC e do artigo 439 do CPC, que prevê ser necessária a autenticidade dos documentos eletrônicos, indefiro o pedido de juntada feito pelo embargante. O juiz, em seguida, a pedido dos advogados, dispensou a presença do Sr. Felipe e da Sra. Mirna na próxima audiência. Eles virão apenas se quiserem. Indagado dos presentes se há mais algum requerimento, a resposta foi negativa. Presentes intimados."

Observa-se que o juiz entendeu que a atitude não foi premetitada e indeferiu a juntada das provas apenas pela questão processual, tendo em vista que requerida em momento avançado da instrução processual, de modo que haveria a necessidade de reinquirição de testemunhas.

Ocorre que, a meu ver, as conversas apenas corroboram com as demais provas dos autos, comprovando que, indubitavelmente, a venda foi realizada antes da inclusão de Mirna Saad na ação coletiva de consumo, o que em decisão proferida nos autos da Ação Coletiva de Consumo n. 0900185-73.2018.8.12.0001, pelo Sistema Renajud, na data de 04/05/2018.

É de se ver que as conversas afetas à negociação do veículo objeto dos autos foram iniciadas em março de 2018 (f. 25) e o pagamento foi autorizado por Mirna Saad, autorizando o depósito na conta corrente de Yslanda Maria Alves Barros, em 25 de abril de 2018 (f. 46).

Ora, o Ministério Público Estadual, em contraminuta, relata a existência de simulação na venda do veículo de Mirna Saad Cruz, que não seria a verdadeira proprietária do veículo, pois pertencente à empresa Minerworld. Também discorre sobre a rapidez com a qual o veículo foi colocado à venda, após a divulgação da operação do Gaeco sobre a atuação fraudulenta da referida empresa.

Porém, nada há de concreto a respeito da má-fé da agravante, que, conforme prova robusta dos autos, adquiriu o veículo sem qualquer participação na fraude, sendo que o fato de ter pago o preço antes da formalização da documentação não é indício de simulação, uma vez que, a transmissão da propriedade, no caso, se dá com a tradição e não com o registro.

Ademais, veja-se que, em busca da verdade real, seria lícito ao juiz, inclusive, determinar *de ofício* a juntada de outros documentos que não aqueles que constavam dos autos, como lhe foi lícito, também, facultar, em homenagem ao mesmo princípio, a juntada dos documentos por Mirna Saad, embora extemporâneos, conforme decidido na mesma decisão acima transcrita.

A extemporaneidade dos documentos, que revelam uma outra situação jurídica é uma questão de direito processual que não pode se sobrepor ao direito material.

Em situações assim, já nos ensinava José Roberto dos Santos Bedaque (O direito e o processo, a relativização do direito processual em face do direito material), o processo deve se flexibilizar e não se deve praticar o processualismo exacerbado que culmina por inviabilizar a real e efetiva aplicação do direito material.

Escreveu o ilustrado professor:

> *"A principal missão do processualista é buscar alternativas que favoreçam a resolução dos conflitos. Não pode prescindir, evidentemente, da técnica. Embora necessária para a efetividade e eficiência da justiça, deve ela ocupar o seu devido lugar, como instrumento de trabalho, não como fim em si mesmo. Não se trata de desprezar aspectos técnicos do processo, mas apenas de não se apegar ao tecnicismo. A técnica deve servir de meio para que o processo atinja o seu resultado. Critica-se não o dogmatismo, mas o dogmatismo puro, o formalismo indiferente aos reais problemas a serem solucionados no processo[1]."*

Assim, dentro dessa ótica, a agravante não pode continuar sendo prejudicada pelo indevido bloqueio do veículo adquirido, bem que desvaloriza demasiadamente com o passar do tempo, se há documentos que demonstram a sua boa-fé e que devem ser juntados, ainda que extemporâneos, tendo em vista a preponderância dos interesses em discussão.

Desta forma, dúvida não há a respeito da boa-fé da agravante, uma vez que adquiriu o bem sem o devido conhecimento a respeito das investigações e instauração da demanda coletiva, mesmo porque a demanda ainda não tinha sido direcionada contra a vendedora, Mirna Saad, na época da conclusão do negócio jurídico que embasa os presentes embargos.

Os documentos devem ser considerados. Primeiro porque demonstram de forma efetiva a ausência de ato simulado; segundo que será oportunizado à parte agravada que sobre eles se manifeste.

Ora, quando os fatos não se encontram esclarecidos, o juiz tem a faculdade de determinar a prova até mesmo de ofício, independentemente de requerimento das partes, como dispõe o art. 370, do CPC:

> *"Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito."*

1 Cfe. BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *ob. Cit*. 2. ed.2ª tiragem. Malheiros. p. 43.

No mesmo sentido:

> *"RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT – JUNTADA DE DOCUMENTO COM O RECURSO DE APELAÇÃO – BUSCA DA VERDADE REAL – CONTRADITÓRIO RESPEITADO – POSSIBILIDADE – PRELIMINAR DE PRECLUSÃO REJEITADA – MÉRITO – REEMBOLSO DESPESAS MÉDICAS E SUPLEMENTARES – COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO EM SEDE ADMINISTRATIVA – PRELIMINAR DE PRECLUSÃO REJEITADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I- Na hipótese, a juntada de documento que comprova o pagamento do valor pretendido pelo autor, a título de assistência médica e despesas suplementares (comprovante de transferência bancária), deve ser admitida, uma vez que foi respeitado o contraditório e, ainda, considerando-se que o relator poderia, em busca da verdade real, converter o julgamento em diligência e oportunizar a comprovação do pagamento, seja com a expedição de ofício à agência bancária em que foi realizado ou qualquer outra medida que entendesse necessária. Medida plenamente possível, legítima e consentânea, com fulcro no art. 932, I, do CPC. A prova do fato alegado pelas partes é providência indispensável ao processo, devendo ser garantida sua produção no curso do feito, sempre em busca da verdade real, imprescindível para uma atuação justa do Poder Judiciário. Registra-se que é dever das partes colaborarem com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade, conforme estabelece o art. 378 do CPC. Preliminar de preclusão rechaçada. II – Comprovado o pagamento, na via administrativa, do valor pretendido pelo autor, a título de assistência médica e despesas suplementares (comprovante de transferência bancária), o recurso interposto pela Seguradora deve ser provido, a fim de excluir da condenação tal verba."* (TJMS. Apelação Cível n. 0800572-83.2019.8.12.0021, Três Lagoas, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 30/08/2019, p: 02/09/2019)

Dispositivo

Do exposto, conheço do presente recurso de 7 Reis Participação e Empreendimentos – Eireli e lhe dou provimento, confirmando a liminar deferida neste recurso, para determinar a juntada dos documentos requeridos (*prints* e áudios da conversa entre o sócio proprietário da empresa agravante e o intermediador da venda Sr. Valdemiro Henriques Júnior), bem como determino a suspensão da restrição imposta nos Autos n. 0900185-73.2018.8.12.0001, quanto à transferência do veículo Porsche Cayenne V6, placa FRH9578, Renavam n.º 01063900392, liberando-o da medida restritiva imposta.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Amaury da Silva Kuklinski), após o relator dar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda. Parecer oral: pelo não conhecimento do recurso (Procurador: Edgar Roberto Lemos de Miranda).

VOTO (EM 27/05/2020)

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

7 Reis Participação e Empreendimentos - Eireli interpõe Agravo de instrumento em face da decisão proferida pelo Juízo da a 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, que nos Embargos de Terceiro nº 0816481-65.2018.8.12.0001), indeferiu o pedido de juntada de *prints* de conversa do aplicativo *Whatsapp* e de áudios relativos à negociação de compra e venda do automóvel objeto da demanda.

O relator proferiu voto confirmando a tutela recursal concedida às f. 285-294, ocasião em que suspendeu a restrição quanto à transferência do veículo *Porsche Cayenne* V6, placa FRH9578, Renavam n.º 01063900392, liberando-o da medida restritiva imposta na Ação Civil Pública n. 0900185-73.2018.8.12.0001.

Peço vênia para divergir do voto do relator no tocante a este ponto.

Da preliminar de não conhecimento do recurso no que tange ao levantamento da restrição do veículo Porsche Cayene V6, placa FRH 9578

O agravado nas contrarrazões sustenta que o recurso não deve ser conhecido no que se refere ao pedido de suspensão da restrição quanto à transferência do veículo, tendo em vista que essa questão não integra a decisão guerreada, até porque essa 3ª Câmara Cível, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 1405895-20.2018.8.12.0000, decidiu pela manutenção da indisponibilidade do veículo.

Vejamos o inteiro teor da decisão objurgada:

> *"Autos n.º 0816481-65.2018.8.12.0001 - Embargos de Terceiro Cível*
>
> *Requerente: 7 Reis Participação e Empreendimentos - Eireli Requerido: Ministério Público Estadual e Mirna Saad Cruz*
>
> *Data: 17 de setembro de 2019, 14:00h*
>
> *Local: Sala de Audiências da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande*
>
> *Presentes: Juiz de Direito: Dr. David de Oliveira Gomes Filho Embargante: 7 Reis Participação e Empreendimentos – Eireli, representada pelo seu sócio proprietário Felipe Ricardo Batista dos Santos Patrono da embargante: Dr. Gabriel Marinho e Dr. Marcelo Hanson Embargado: Ministério Público do Estado de MS e Mirna Saad Cruz Representante do Ministério Público: Dr. Luiz Eduardo Lemos de Almeida Patrono da Embargada: José Riskallah Júnior*
>
> *Aberta a audiência, o juiz decidiu o pedido de f. 174-176. Vistos etc. Os pontos controvertidos citados no item 'a' do pedido de f. 176, quais sejam, simulação de negócio jurídicos e audiência de boa-fé por parte da embargante foram deferidos na decisão de f. 142, conforme se vê do item 6 incisos II e III.*
>
> *Nesta parte, portanto, não há motivo para se preocupar porque a pretensão do Ministério Público já foi acolhida lá atrás.*
>
> *No que se refere ao ônus da prova, também houve decisão às f. 141 no item 4, estabelecendo o ônus previsto no artigo 173, I e II para este processo. Apenas para complementar aquela decisão e para que não fique sombra de dúvidas, o parágrafo primeiro do artigo 373 do CPC diz que, nos casos previstos em lei, e aqui lembramos do artigo 6º do CDC, 'poderá' o juiz atribuir ônus da prova de modo diverso, e, no mesmo artigo, segue-se que deverá ser feito por decisão fundamentada e permitindo-se à parte que tenha uma oportunidade de fazer a prova que lhe tenha sido imposta. Isto significa que a regra geral é a do artigo 373 do CPC e a exceção é a do artigo 6º do CDC, que, nos termos da lei 'poderá' ser invertida por decisão fundamentada. Deste modo, a decisão saneadora ao definir os ônus da prova às f. 141 já esclareceu a quem cabe fazer o que. Por estes motivos, indefiro os pedidos de f. 176.*
>
> *O MP pediu que fosse reiterado o ofício expedido ao Detran com a cadeia dominial do veículo, já que se passaram vários meses e ainda não veio a resposta. O juiz deferiu o pedido. Cumpra-se o cartório com urgência.*
>
> *O MP impugnou a juntada de documentos de f. 166-171, pela Sra. Mirna, porque não são novos na acepção jurídica do termo.*
>
> *O juiz ouviu a defesa a respeito, que disse que os documentos juntados são documentos que estão no processo principal, são úteis à defesa da Sra. Mirna e que o recibo de transferência do automóvel é do interesse do próprio MP já que pediu que o Detran/MS informasse a cadeia dominial. A parte embargante não se opõe a permanência dos documentos.*

O juiz decidiu: 'Vistos etc. De fato, os documentos apresentados não são novos na acepção jurídica do termo, mas são documentos que ajudam a trazer uma noção um pouco mais ampla a respeito dos fatos discutidos no processo e foram apresentados em tempo para que houvesse impugnação e se estabelecesse um contraditório prévio à audiência. Buscando arrimo no princípio da busca da verdade real e verificando a ausência de má-fé, autorizo sua permanência nos autos'. Foi proposta a conciliação, que restou frustrada.

O juiz ouviu a Sra. Mirna e, em seguida, o Sr. Valdomiro, conforme os termos de áudio e vídeo em anexo. Como as testemunhas do Ministério Público não foram intimadas por falha do cartório, o juiz redesignou a audiência para ouvi-las no dia 15/10/2019 às 14:00h. Deverá o cartório expedir os respectivos mandados com urgência.

O advogado do embargante pediu a seu cliente para buscar no celular a conversa que teve com o senhor Valdomiro, vendedor de carro, e ele achou algumas fotografias datas do dia 23/04/2018 e pediu ao juiz autorização para printar esta conversa, bem como extrair os áudios em que o vendedor oferece o carro, e pediu para juntá-los ao processo.

A embargada Mirna afirmou que não se opõe ao pedido do embargante, já que o objetivo das provas é apurar a verdade.

O Ministério Público se manifestou: MM juiz toda a documentação da parte autora, segundo conhecida regra de Direito Processual Civil, deve acompanhar a petição inicial, no presente caso, assim, todos os documentos para instrução do feito deveriam ter vindo anexados na petição inicial dos embargos.

À época em que os embargos foram opostos a empresa embargante já dispunha dos documentos eletrônicos, no celular do seu responsável legal, que agora tardiamente procura juntar aos autos.

Por esta questão técnica, não é possível a juntada perseguida. Além disso, todo e qualquer documento eletrônico deve atender os requisitos de autenticidade, integridade, temporariedade e outros mais, na inteligência dos artigos 439 e seguintes c/c 194 e 195 do CPC. Nesse sentido, o Ministério Púbico se opõe a juntada pretendida e requer o indeferimento do pleito.

O juiz decidiu: Vistos etc. A definição de momentos certos para a juntada de documentos aos autos faz parte do devido processo legal e, por força do artigo 435 do CPC, somente é permitida sua juntada extemporânea quando tratar-se de documento novo. Com o avanço tecnológico, temos uma nova espécie de documento que é o digital.

No caso seriam prints de uma conversa de Whatsaap e áudios do garagista apresentando o veículo ao embargante.

Sem dúvida alguma, esses elementos são documentos na acepção jurídica e deveriam acompanhar a petição inicial dos embargantes.

Até se imagina a hipótese de juntada tardia no caso de inversão do ônus da prova, o que não ocorreu aqui. Tudo leva, portanto, ao acolhimento da pretensão do Ministério Público, posto que é a regra que define o procedimento adotado.

É importante consignar, por outro lado, que a forma como a ideia de se juntar estes documentos ao processo veio pareceu ser muito espontânea, talvez até provocada pela inquirição da testemunha Valdomiro no momento em que ele falou que trocou mensagens com o embargante e o juízo chegou a indagar à testemunha, se ele teria essas conversas.

A testemunha disse que não tinha, mas o embargante, silenciosamente, começou a procurar no seu celular e as encontrou, fazendo apresentação ao magistrado depois da oitiva do Sr. Valdomiro. Seu advogado, então, pediu a juntada extemporânea. Não nos pareceu que esta atitude tenha sido premeditada, ou com o propósito de surpreender o juízo ou à parte contrária e nem mesmo que tenha sido feito com má fé.

Os elementos que lá constam são interessantes, mas sua juntada ao processo, neste momento, importaria na possibilidade de reinquirição das pessoas que já foram ouvidas, de questionamento quanto a própria autenticidade do que foi apresentado e, em última análise, fugiria completamente da ordem processual existente, pois a audiência já teve o seu início.

Estaríamos criando um procedimento novo, que não é o dos embargos.

Diferente foi a impugnação aos documentos decididos no início deste termo de assentada, quando a audiência sequer tinha se iniciado e os documentos eram os mesmos que constam do processo principal de onde foram tirados os embargos. Deste modo, com base no artigo 435 do CPC e do artigo 439 do CPC, que prevê ser necessária a autenticidade dos documentos eletrônicos, indefiro o pedido de juntada feito pelo embargante.

O juiz, em seguida, a pedido dos advogados, dispensou a presença do Sr. Felipe e da Sra. Mirna na próxima audiência. Eles virão apenas se quiserem. Indagado dos presentes se há mais algum requerimento, a resposta foi negativa. Presentes intimados. Nada mais (...).” (f. 187-189).

Observem que não há na decisão agravada uma única linha no que tange ao bloqueio do veículo, até mesmo porque a questão já havia sido decidida no Agravo nº 1405895-20.2018.8.12.000, decisão que transitou em julgado em 04/12/2019, conforme certidão de f. 293, dos autos de origem.

Convém mencionar que o ilustre relator cita exatamente isso nas f. 287, vejamos: *“É de se ver que a decisão está limitada ao indeferimento da juntada de documentos que o juiz considerou novos, não tratando da liminar que determinou o bloqueio do automóvel objeto da demanda, a qual restou mantida por esta E. Câmara Cível no Agravo de Instrumento n. 1405895-20.2018.8.12.0000.”*

É cediço que, de acordo com o sistema processual vigente, deve haver uma correspondência lógica entre as razões recursais, os pedidos e a decisão recorrida, pois sem isso o pleito não pode ser conhecido, ou seja, as razões recursais aduzidas devem ser e estar em conformidade com a decisão recorrida e enfrentando a decisão, sob pena de não conhecimento do recurso em decorrência de sua irregularidade formal.

Deste modo, verifica-se que o recurso não pode ser conhecido neste ponto, por afronta ao princípio da dialeticidade. A jurisprudência muito bem reconhece a aplicabilidade desse princípio:

“APELAÇÃO CÍVEL – RESPONSABILIDADE CIVIL – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – RAZÕES RECURSAIS QUE NÃO ATACAM OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA – ART. 1.010, II E III, CPC/2015. Não se conhece do apelo que, em suas razões, não ataca de forma particular e específica os fundamentos da decisão vergastada. As razões do apelo são deduzidas a partir do provimento judicial recorrido, e devem fustigar seus argumentos. Falta de impugnação dos fundamentos da sentença que impede o conhecimento do recurso por inobservância ao disposto no art. 1.010, incs. II e III, do CPC/2015. Ofensa ao princípio da dialeticidade. Precedentes do STJ e do TJRS. Apelo não conhecido.” (Apelação Cível nº 70073283533, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 31/05/2017).

Transcrevo julgado do STJ neste sentido:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE MEDICAMENTOS – DISCUSSÃO QUANTO AO CABIMENTO DE VERBA HONORÁRIA EM PROL DA DEFENSORIA PÚBLICA – FUNDAMENTO EMPREGADO NA SENTENÇA QUE NÃO FOI ATACADO NAS RAZÕES DO RECURSO – ARRAZOADO CONSTRUÍDO A PARTIR DE UMA PREMISSA QUE NÃO CONDIZ COM A REALIDADE DOS AUTOS – ***AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE O QUE FOI DECIDIDO E AS RAZÕES RECURSAIS – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – FALTA DE REGULARIDADE FORMAL –*** *PRECEDENTES DO STJ.”* (1ª Câmara Cível 02/06/2017 - 2/6/2017 Apelação APL 07137816320138020001 AL 0713781). Destaquei.

E também deste Tribunal:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – SEGURO PROTEÇÃO FINANCEIRA – MORTE DO SEGURADO – RECURSO QUE TRAZ MATÉRIAS NÃO DEDUZIDAS EM PRIMEIRO GRAU – PROIBIÇÃO DE INOVAÇÃO EM SEDE RECURSAL – ***FALTA DE ATENDIMENTO, TAMBÉM, AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE*** *– LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CONFIGURADA – RECURSO NÃO CONHECIDO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. I) A apelação devolve ao tribunal questões suscitadas e discutidas no processo, não podendo ser conhecido o apelo que se fundamenta em argumento não suscitado em primeiro grau de jurisdição, promovendo inovação em sede recursal. II)* ***Outrossim, não deve ser também conhecido o recurso quando se constata que houve ofensa ao princípio da dialeticidade, por não ter o apelante atacado o conteúdo inserto na sentença.*** *III) A alteração da verdade dos fatos com o objetivo de enriquecer-se ilicitamente configura conduta expressamente condenada pelo Código de Processo Civil nos incisos II e III do art. 81, dando azo à condenação da parte ao pagamento de multa por litigância de má-fé. IV) Recurso não conhecido, com aplicação de multa."* (TJMS. Apelação Cível n. 0845331-03.2016.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 27/02/2019, p: 28/02/2019). G.n.

"EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPETIÇÃO DO INDÉBITO C/C DANOS MORAIS – PRELIMINAR – OFENSA À DIALETICIDADE RECURSAL – PARCIALMENTE ACOLHIDA – MÉRITO – DESCONTO INDEVIDO DE EMPRÉSTIMO EM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO – DANO MORAL IN RE IPSA – MANUTENÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS EM SEDE RECURSAL. 1. Discute-se no presente recurso: em sede preliminar o não conhecimento do recurso por ofensa ao princípio da dialeticidade, e no mérito a) a legalidade do empréstimo pactuado entre as partes; b) a revisão das cláusulas contratuais; c) a configuração do dano moral; d) o valor da indenização, e e) o prazo para cumprimento da decisão judicial. 2. ***O princípio da dialeticidade vindica que o recurso seja apresentado por petição, contendo as razões pelas quais a parte insurgente deseja obter do segundo grau de jurisdição um novo pronunciamento judicial. Para tanto, a parte recorrente deve atacar, de forma específica, os fundamentos da sentença recorrida, sob pena de carecer de um dos pressupostos de admissibilidade recursal. No caso, não conhecimento dos capítulos do recurso que tratam sobre a revisão das cláusulas contratuais, a legalidade dos juros cobrados e a data de corte dos descontos indevidos, uma vez que tais matérias não foram apreciadas na sentença.*** *3. A responsabilidade civil decorrente da prestação de serviço ao consumidor é de ordem objetiva, respondendo o fornecedor pelos danos causados ao consumidor independentemente da existência de culpa, conforme dispõe o art. 14, da Lei n° 8.078, de 11/09/90 (Código de Defesa do Consumidor). 4. Não havendo comprovação da validade do contrato de empréstimo que originou os descontos do benefício previdenciário da autora, compreende-se que, a partir de uma conduta ilícita (descontos indevidos decorrentes de evidente falha atribuível ao apelante), há presumidamente dano moral indenizável. 5. O valor estabelecido a título de dano moral deve ser mantido, pois está em acordo com o que tem decidido esta Câmara Cível para hipóteses semelhantes, nos mais recentes julgamentos, com condenações em patamares de R$ 5.000,00 a R$ 7.000,00. 6. No âmbito recursal, os honorários deverão ser majorados se a parte que deu causa à demanda recursal for sucumbente (art. 85, §§ 2.°, 3.° e 11, do Código de Processo Civil/15). 7. Apelação parcialmente conhecida e, nesta, não provida."* (TJMS. Apelação Cível n. 0800757-21.2018.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 30/08/2018, p: 31/08/2018). G.n.

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO – PRELIMINAR – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS – ACOLHIDA – HONORÁRIOS RECURSAIS NÃO DEVIDOS – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NA PARTE CONHECIDA, PROVIDO. ***O recurso deve preencher determinados requisitos, dentre os quais a impugnação específica dos fundamentos da decisão desafiada, ou seja, a motivação que enseja o inconformismo deve guardar pertinência, correlação e congruência com aquilo que serviu de fundamentação ao decisum do julgador, sob pena de malferência ao princípio da dialeticidade.*** *À luz do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade,*

bem como das particularidades vislumbradas no caso, tendo em vista, ainda, o valor atribuído à causa (R$ 26.051,00), a redução dos honorários para o patamar de R$ 3.000,00 (três mil reais) se coaduna às diretrizes a serem observadas neste particular, remunerando, ainda, condignamente o profissional, em consonância com o artigo 85, § 8º, do CPC/15. Verificando-se o acatamento da pretensão recursal, ainda que parcialmente, descabe a fixação de novos honorários (honorários recursais), aliando-se a isso que o valor dantes fixado bem remunera o patrono do vencedor da causa. 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 Cível n. 0802261-79.2012.8.12.0031, Caarapó, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Juiz Jairo Roberto de Quadros, j: 08/11/2016, p: 10/11/2016). G.n.

"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – INCIDENTE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA – DECISÃO QUE RECONSIDERA A DATA DE INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS E EXCLUI A INCIDÊNCIA DE JUROS REMUNERATÓRIOS – ***RECURSO QUE NÃO GUARDA CORRELAÇÃO LÓGICA COM A DECISÃO COMBATIDA – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE*** *– RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO."* (TJMS. Agravo Regimental Cível n. 1400364-55.2015.8.12.0000, Aquidauana, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 09/02/2015, p: 11/02/2015). Destaquei.

Assim, constata-se que não há correlação lógica entre os fundamentos da decisão recorrida e o pedido de suspensão da restrição imposta ao automóvel Porsche Cayenne V6 formulado neste agravo de instrumento, sendo, de rigor o não conhecimento do recurso neste ponto, ante a ofensa ao princípio dialeticidade.

Ademais, à título de ilustração, peço vênia para, reiterar os fundamentos já explicitados por ocasião do julgamento do Agravo Interno Sequencial nº 50001, uma vez que não vislumbro a ocorrência de fato novo capaz infirmar entendimento adotado anteriormente quanto ao levantamento da restrição do veículo. Assim, para evitar tautologia, transcrevo a íntegra do voto proferido no referido agravo interno:

"Trata-se de agravo interno interposto pelo ***Ministério Público Estadual*** *em face da decisão monocrática do relator de f. 285-294, que antecipou os efeitos da tutela pleiteada no instrumento, suspendendo a restrição quanto à transferência do veículo Porsche Cayenne V6, placa FRH9578, Renavam n.º 01063900392,* ***liberando-o da medida restritiva imposta na Ação Civil Pública n. 0900185-73.2018.8.12.0001.***

Peço vênia para, ***mais uma vez,*** *divergir do voto do relator.*

Importa registrar que a 3ª Câmara Cível quando do julgamento do Agravo de Instrumento nº 1405895-20.2018.8.12.0000, ***interposto contra decisão proferida anteriormente, decisão transitada em julgado, que indeferiu especificamente o pedido liminar de suspensão das medidas constritivas impostas sobre o mencionado automóvel, já teve a oportunidade de analisar a questão e decidiu pela manutenção da indisponibilidade do bem.*** *Na ocasião, divergi do relator e fui acompanhado pelo 2º Vogal Des. Paulo Alberto de Oliveira, contendo o voto divergente os seguintes fundamentos:*

'EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS DE TERCEIRO E AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO (OPERAÇÃO LUCRO FÁCIL) – VEÍCULO CUJA VENDA FOI BLOQUEADA POR DECISÃO JUDICIAL QUE DECRETOU A INDISPONIBILIDADE DOS BENS DA VENDEDORA – DÚVIDAS RAZOÁVEIS, INCLUSIVE, SOBRE A PROPRIEDADE DO BEM OBJETO DA LIDE – ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE NEGÓCIOS JURÍDICOS SIMULADOS – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. ***Há existência de fortes indícios da ocorrência de simulação de negócios jurídicos afasta a alegação do adquirente do veículo de que se trata de terceiro de boa-fé. Manutenção da medida de urgência que decretou a indisponibilidade do bem móvel'.***

Voto divergente.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por ***7 Reis Participação e Empreendimentos - EIRELI****, em face do* ***Ministério Público Estadual*** *e de* ***Mirna Saad Cruz,*** *insurgindo-se contra a decisão do juiz da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, nos autos de embargos de terceiro opostos pela agravante (Autos n. 0816481-65.2018.8.12.0001), que indeferiu o pedido de suspensão das medidas constritivas sobre o automóvel* ***Porsche Cayenne V6, placa FRH 9578,*** *determinadas nos autos da Ação Coletiva de Consumo n. 0900185-73.2018.*

Relata o agravante que em abril de 2018, Valdemiro Henrique Júnior vendedor da garagem de veículos chamada Motor Sport, situada na cidade de São Paulo - SP, ofereceu ao agravante um Porsche Cayenne V6, placa FRH-9578, Renavam n.º 01063900392, pelo valor de R$ 220.000,00, mais o montante de R$ 10.000,00 (comissão do vendedor). Alega que consultou o DETRAN de MS e de SP e não localizou nenhuma restrição, dessa forma, realizou a negociação, transferindo o valor da compra, conforme solicitado pela vendedora Mirna Saad Cruz, para a conta bancária de terceira pessoa (Yslanda Maria Alves Barros), em 25/04/2018, de forma que foi preenchida a Autorização de Transferência de Propriedade do Veículo (ATPV) e reconhecida firma da assinatura no dia 26/04/2018.

Entretanto, ao tentar transferir o veículo para o seu nome, foi-lhe informado que não poderia realizar a transferência em razão de restrição imposta por decisão proferida nos autos da Ação Coletiva de Consumo nº 0900185-73.2018.8.12.0001, pelo Sistema Renajud, datada de 04/05/2018.

Afirma que a que a proprietária do veículo, Mirna Saad Cruz, somente foi incluída no polo passivo da ação coletiva de consumo através da decisão proferida em 03/05/2018, ou seja, após a realização da venda.

Pleiteou pela concessão da medida de urgência para o fim de suspender toda e qualquer restrição que possa incidir sobre o automóvel, bem como, compelir o Detran-MS para que proceda a transferência imediata do veículo para o nome da agravante, tendo em vista que o DUT já encontra-se com o prazo de validade esgotado.

Foi deferida a liminar, liberando o automóvel da medida restritiva imposta na decisão atacada (f. 61-64).

O relator do feito entendeu pelo '(...) assim, reanalisando o caso, agora mais detidamente, mantive o mesmo entendimento já exposto acima, de modo que, segundo entendo, deve-se dar provimento ao presente recurso, ***com a finalidade de proteger o terceiro de boa-fé, adquirente do imóvel, que, em princípio e salvo prova distinta a ser feita na ação em curso em primeiro grau, não pode ser prejudicado pelos atos descritos na inicial'.***

Peço vênia para divergir do voto do relator.

In casu, entendo que, de fato, há fortes indícios de ocorrência de pelo menos duas simulações de negócios jurídicos envolvendo o citado veículo, o que justifica a manutenção da restrição a fim de impedir a venda do carro, objetivando garantir parte do ressarcimento do danos causados aos consumidores.

Como relatado nas contrarrazões e conforme se pode verificar dos documentos juntados, há indícios de ter ocorrido simulação de negócio jurídico entre Raphael Henrique Cipoloni Arelhano e Mirna Saada Cruz e, depois, entre Mirna e 7 Reis, o que afastaria a alegação de que se trata de terceiro de boa fé.

Verifica-se do documento do veículo de f. 96, apreendido pelo GAECO em poder de Jeová das Graças Silva (também réu da Ação Coletiva de Consumo nº 0900185-73.2018.8.012.0001) e não de Mirna,_alegada proprietária/vendedora, que Rapfael Henrique era o proprietário do bem que foi vendido para a empresa Minerworld Sociedad Anônima ou para a pessoa física Cícero Saad Cruz, porém, transferido junto ao Detran, em 16/04/2018, para a genitora de Cícero, Mirna Saada, a qual figurou apenas formalmente como compradora do carro, já que não pagou por ele com recursos próprios.

Chama a atenção o curto espaço de tempo entre a transferência do veículo para Mirna (16/04/2018), o cumprimento de mandados de busca expedidos na Ação Coletiva nº 0900185-73.2018.8.012.0001, a remessa para São Paulo, venda e negociação do veículo à pessoa jurídica recorrente (25 e 26/04/2018).

Além disso, surpreende o fato de que, primeiro a empresa efetuou a transferência do valor um dia antes (em 25/04/2018) e à terceira pessoa (estranha à negociação), para só depois, em 26/04/2018, providenciar a documentação para a transferência.

Quanto a alegação de que a agravada Mirna só foi incluída no polo passivo da ação coletiva em 03/05/2018, após a venda do carro, ressalto que os fatos envolveram uma grande operação (Operação Lucro Fácil), desencadeada pela 43ª Promotoria de Justiça de Campo Grande e pelo GAECO, sendo plausível e razoável imaginar que os envolvidos poderiam ao menos supor a possível constrição e proibição de venda de bens dos requeridos envolvidos, inclusive de Mirna, mãe de Cícero e, principalmente do veículo Porsche, que há apenas alguns dias antes, figurava em nome de Raphael Henrique Cipoloni Arelhano.

E, ainda, destaca-se o fato de que a agravante 7 ***Reis Participação e Empreendimento EIRELI*** *não agiu de boa-fé, como tenta fazer crer, tendo em vista que adquiriu o veículo pela quantia de R$ 220.000,00, valor muito abaixo do de mercado, que gira em torno de R$ 318.000,00.*

Assim, ausente a fumaça do bom direito a justificar o deferimento da medida e, imperiosa a necessidade de se perquirir acerca da verdade sobre os fatos ocorridos, devendo ser mantida integralmente, a decisão objurgada.

Ante o exposto, divirjo do relator para negar provimento ao agravo de instrumento interposto por 7 ***Reis Participação E Empreendimentos – EIRELI,*** *mantendo inalterada a decisão guerreada.*

É como voto. Destaquei.

O que se nota é que a decisão recorrida objeto deste agravo, diz respeito apenas ao indeferimento da juntada aos autos dos áudios de suspostas conversas de whatsapp ocorridas entre o sócio da empresa agravante e o intermediador (garagista) sobre as tratativas para a compra do veículo Porsche Cayenne V6 Valdemiro Henriques Júnior. Nada foi decidido nessa ocasião acerca da liberação do gravame existente sobre o automóvel, mas foi concedida tal tutela novamente pretendida, ainda mais ante a existência de decisão anterior sobre a matéria.

Portanto, não comungo da decisão monocrática que deferiu o pedido de suspensão do gravame considerando o conteúdo das provas acima mencionadas, formulado na inicial do recurso, até mesmo porque não foram tais gravações juntadas ao processo e, por isso, o conteúdo e contexto em que tais áudios foram gravados, (data, etc), carece de análise, ressalto que o que há nos autos é a transcrição feita pela parte, pois, no áudio da audiência não foi citado o conteúdo das gravações e a juntada dessas gravações ao processo é exatamente o objeto do presente agravo.

Ademais, não vislumbro urgência no levantamento imediato de referido gravame, o que afasta o periculum in mora, um dos requisitos exigidos para a concessão da tutela recursal.

No que se refere ao pedido de juntada das gravações de áudio, cuja existência veio à tona só por ocasião da audiência, tratando-se prova de tal importância para o deslinde do feito, não há razoabilidade em seu indeferimento, tal pedido deve sim ser deferido, inclusive em sede de tutela recursal.

Portanto, a meu ver o pedido de levantamento da indisponibilidade do bem não pode ser provido neste momento, até porque tem caráter exauriente.

> *Ante o exposto, divirjo do relator para conceder parcialmente a tutela recursal, deferindo apenas a juntada aos autos dos áudios das conversas de whatsapp ocorridas entre o sócio proprietário da empresa recorrente e Valdemiro Henriques Júnior, por ocasião da compra do automóvel, de maneira que dou parcial provimento ao presente Agravo Interno interposto pelo Ministério Público.*
>
> *É como voto."* Destaquei.

Convém mencionar ainda, que às f. 208-211 dos autos de origem, o Ministério Público Estadual pugnou pela juntada do Relatório de Extração de Dados nº 022/2019, prova que reforça a tese da existência de simulação de negócio jurídico entre Raphael Henrique Cipoloni Arelhano e Mirna Saada Cruz.

Dessa forma, divirjo do relator, conheço em parte do agravo de instrumento e, na parte conhecida, dou provimento apenas para o fim de deferir a juntada dos áudios das conversas de *whatsapp* ocorridas entre o sócio proprietário da empresa recorrente e Valdemiro Henriques Júnior.

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (2º Vogal).

Acompanho o voto do 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, conheceram em parte do recurso e, nesta extensão, deram-lhe provimento, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o 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. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 27 de maio de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski
Agravo de Instrumento nº 1413606-42.2019.8.12.0000 – Rio Verde de Mato Grosso

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INVENTÁRIO – INVENTÁRIO DO ESPÓLIO DA MÃE DOS AGRAVANTES ENCERRADO EM 1987 – FORMAL DE PARTILHA NÃO REGISTRADO NO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS – FALECIMENTO SUPERVENIENTE DO CÔNJUGE MEEIRO (PAI DOS AGRAVANTES) – IMPOSSIBILIDADE DE REABERTURA DO INVENTÁRIO DA MÃE PARA CORRIGIR A IMPOSSIBILIDADE DE REGISTRO DO FORMAL DE PARTILHA, BEM COMO PARA REPARTIR OS BENS DO ESPÓLIO DO PAI – INEXISTÊNCIA DE INVENTÁRIO DOS BENS DEIXADOS PELO PAI – AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ESCRITURAS PROPOSTA ANTES DO FALECIMENTO DO PAI, CONCOMITANTE AO INVENTÁRIO DA MÃE EXTINTA PELA RATIFICAÇÃO DE TODAS AS ESCRITURAS COM COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

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, 25 de junho de 2020.

Des. Amaury da Silva Kuklinski

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Dulcina Martins Lynch, Éster Martins Lynch, Regina Célia Martins Lynch, Antônio Henrique Lynch e s/m Suely Maria de Araújo Lynch e Luíza Martins Lynch interpõem recurso de agravo de instrumento contra a decisão interlocutória proferida na Ação de Inventário nº 0000187-10.1979.8.12.0042, pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Rio Verde de Mato Grosso/MS, que indeferiu o pedido formulado pelos agravantes para ser dado prosseguimento ao Inventário, citando-se o Sr. Wilson Riçardes de Oliveira por ter vendido os hectares dos herdeiros sem permissão e em descumprimento a um acordo feito nos Autos n. 0000136-33.1978.8.12.0042, pois a pretensão deve ser deduzida em ação própria.

Alegam que, durante a tramitação do inventário da mãe dos agravantes, Idalina Martins Lynch (autos de origem), o meeiro e pai dos agravantes, Luiz Henrique Lynch (já falecido), por si e representando/assistindo seus filhos menores, requereu a Anulação de uma Escritura de Compra e Venda em desfavor de Wilson Ricartes de Oliveira e s/m Abigail Luiza de Oliveira, tendo havido um acordo entre as partes em que o Sr. Wilson Ricartes de Oliveira pagaria uma indenização pelas 307 hectares, parceladamente e comprovaria no inventário, o que não foi feito, bem como a ratificação das escrituras, ou a forma judicial apropriada seria levada a efeito, após o término ou no andamento do inventário do casal Luiz Henrique Lynch e Idalina Martins Lynch (f. 79-80).

De maneira que, posteriormente, os herdeiros foram prejudicados por Wilson Ricartes de Oliveira, que vendeu os hectares dos herdeiros sem permissão, descumprindo com o acordo daqueles autos, devendo ressarcir a cada herdeiro nos hectares determinado no esboço de partilha, ou passar tais hectares aos herdeiros, indenizando os compradores para os quais a área foi vendida.

Por isso, o formal de partilha do inventário (f. 81-83), de 17/06/1985, não pôde ser averbado junto às matrículas dos imóveis inventariados.

Tendo em vista o receio de dano de difícil ou incerta reparação, requer que seja concedido o efeito suspensivo ativo para determinar o prosseguimento do feito, citando-se Wilson Ricartes de Oliveira.

Ao final, pugnaram pelo provimento do recurso para que seja dado prosseguimento ao inventário.

O recurso foi recebido somente no efeito devolutivo, nos termos da decisão de f. 89-92.

Os Agravados apresentaram resposta as f. 517-519, alegando prescrição, argumento contra o qual afirmaram os agravantes não prosperar tendo em vista que *"o pedido de abertura de inventário interrompe o curso do prazo prescricional para todas as pendengas entre meeiro, herdeiros e/ou legatários que exijam a definição de titularidade sobre parte do patrimônio inventariado."*

VOTO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Dulcina Martins Lynch, Éster Martins Lynch, Regina Célia Martins Lynch, Antônio Henrique Lynch e s/m Suely Maria de Araújo Lynch e Luíza Martins Lynch contra decisão proferida nos autos de origem (Ação de Inventário nº 0000187-10.1979.8.12.0042), que indeferiu o pedido formulado pelos agravantes para ser dado prosseguimento ao Inventário, citando-se o Sr. Wilson Riçardes de Oliveira por ter vendido os hectares dos herdeiros sem permissão e em descumprimento a um acordo feito nos Autos n. 0000136-33.1978.8.12.0042, pois a pretensão deve ser deduzida em ação própria.

Alegam que, durante a tramitação do inventário da mãe dos agravantes, Idalina Martins Lynch (autos de origem), o meeiro e pai dos agravantes, Luiz Henrique Lynch (já falecido), por si e representando/assistindo seus filhos menores, requereu a Anulação de uma Escritura de Compra e Venda em desfavor de Wilson Ricartes de Oliveira e s/m Abigail Luiza de Oliveira, tendo havido um acordo entre as partes em que o Sr. Wilson Ricartes de Oliveira pagaria uma indenização pelas 307 hectares, parceladamente e comprovaria no inventário, o que não foi feito, bem como a ratificação das escrituras, ou a forma judicial apropriada seria levada a efeito, após o término ou no andamento do inventário do casal Luiz Henrique Lynch e Idalina Martins Lynch (f. 79-80).

De maneira que, posteriormente, os herdeiros foram prejudicados por Wilson Ricartes de Oliveira, que vendeu os hectares dos herdeiros sem permissão, descumprindo com o acordo daqueles autos, devendo ressarcir a cada herdeiro nos hectares determinado no esboço de partilha, ou passar tais hectares aos herdeiros, indenizando os compradores para os quais a área foi vendida.

Por isso, o formal de partilha do inventário (f. 81-83), de 17/06/1985, não pôde ser averbado junto às matrículas dos imóveis inventariados.

Tendo em vista o receio de dano de difícil ou incerta reparação, requer que seja concedido o efeito suspensivo ativo para determinar o prosseguimento do feito, citando-se Wilson Ricartes de Oliveira.

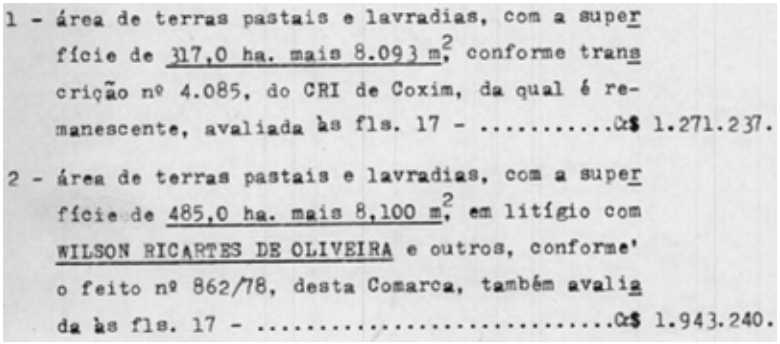
Ao final, pugnaram pelo provimento do recurso para que seja dado prosseguimento ao inventário.

Os agravados apresentaram resposta as f. 517-519, alegando prescrição, argumento contra o qual afirmaram os agravantes não prosperar tendo em vista que *"o pedido de abertura de inventário interrompe o*

curso do prazo prescricional para todas as pendengas entre meeiro, herdeiros e/ou legatários que exijam a definição de titularidade sobre parte do patrimônio inventariado."

O recurso foi recebido somente no efeito devolutivo, pelos motivos externados as f. 89-92:

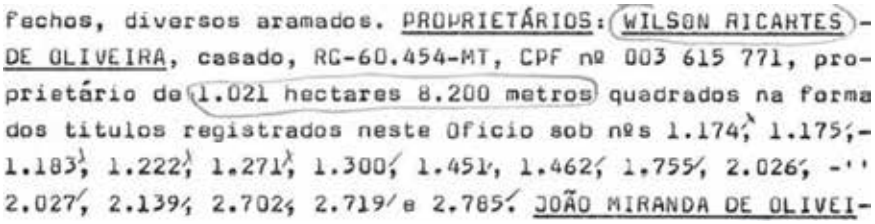
> *"Pois bem, no caso em tela, os agravantes pretendem o efeito suspensivo ativo para que o processo de Inventário, encerrado em 30/07/2015, seja reativado para o fim relatado neste recurso.*
>
> *Ocorre que, a partir de uma análise perfunctória, verifico que não restou demonstrado o alegado fumus boni iuris, tampouco o periculum in mora.*
>
> *Isso porque as matrículas juntadas na origem e neste recurso sequer possuem qualquer correspondência com os imóveis apontados pelos agravantes:*



1 - área de terras pastais e lavradias, com a superfície de 317,0 ha. mais 8.093 m², conforme transcrição nº 4.085, do CRI de Coxim, da qual é remanescente, avaliada às fls. 17 - .....Cr$ 1.271.237.

2 - área de terras pastais e lavradias, com a superfície de 485,0 ha. mais 8,100 m², em litígio com WILSON RICARTES DE OLIVEIRA e outros, conforme o feito nº 862/78, desta Comarca, também avaliada às fls. 17 - .....Cr$ 1.943.240.

> *A Matrícula n. 708 da área de 100 ha adveio da Transcrição n. 4.080 e, posteriormente, deu origem à Matrícula n. 10.463.*
>
> *A Matrícula n. 3.419 da área de 1.293ha e 8.000 m², adveio da Transcrição n. 796 e, posteriormente, juntamente com as Matrículas de n. 2.560 e n. 12.506, deram origem à Matrícula n. 16.631.*
>
> *Por fim, a Matrícula n. 389, da área de 2.393 ha e 433 m², menciona várias matrículas existentes antes e depois:*



fechos, diversos aramados. PROPRIETÁRIOS: WILSON RICARTES DE OLIVEIRA, casado, RG-60.454-MT, CPF nº 003 615 771, proprietário de 1.021 hectares 8.200 metros quadrados na forma dos títulos registrados neste Ofício sob nºs 1.174, 1.175, 1.183, 1.222, 1.271, 1.300, 1.451, 1.462, 1.755, 2.026, 2.027, 2.139, 2.702, 2.719 e 2.785. JOÃO MIRANDA DE OLIVEI-

> *1.164, 1.464, 1.377, 2.718, 1.729, 1.745 e 15.893, 1.503, 1.512, 2.883, 15.886, 14.821, 13.548, 162, 12.958, 13.519, 12.958, 13.519, 12.959, 15.887, 15.895, 15.892, 15.768, 6.908, 7.039, 7.089, 10.463, 12.046, 12.047, 12.048, 14.430, 14.749, 17.096 e 17.097.*
>
> *De maneira que nenhuma delas faz qualquer remição à Transcrição n. 4.085, ou à área de 485ha e 8.100 m², que sequer origem (transcrição/matrícula) foi indicada, além de não ter sido juntada a homologação judicial do acordo de f. 79-80, sem maiores elementos, o que será necessário (cópia integral) até para que as agravantes ajuízem eventual ação cabível.*
>
> *Ademais nunca foi aberto inventário de Luiz Henrique Lynch (falecido em 31/07/1995), muito embora os herdeiros tenham tentado 'emendar' o inventário da mãe (falecida em 10/02/1969), após o seu encerramento (em 1987), para incluir o inventário do pai, o que*

sabidamente não é possível, já que na vigência do CPC/73, somente era possível a cumulação de inventários quando ocorresse a morte de algum herdeiro na pendência do inventário em que foi admitido, e desde que não possuísse outros bens além do seu quinhão na herança, nos termos do art. 1.044 do CPC/73: Ocorrendo a morte de algum herdeiro na pendência do inventário em que foi admitido e não possuindo outros bens além do seu quinhão na herança, poderá este ser partilhado juntamente com os bens do monte."

Os agravantes pretendem o prosseguimento do inventário aberto em 1979, referente ao espólio da falecida mãe (falecida em 1969), e encerrado em 1987, e não em 2015, como equivocadamente constou na decisão de f. 89-92.

Em razão do não registro do formal de partilha, requerem a reativação de um inventário já encerrado, mesmo não tendo aberto o inventário referente ao falecimento do pai, em 1995.

A pretensão dos herdeiros não possui guarida.

Como se sabe, a ação de inventário não serve para os fins almejados pelos herdeiros, eventuais prejuízos que entendem que lhe foram acarretados não será resolvido por meio dessa via, totalmente inadequada.

A ação de inventário visa identificar o patrimônio deixado pelo falecido, bem como a partilha do mesmo, entre os herdeiros e/ou cônjuge, e não apare resolver pendengas com terceiros.

Tanto é que as anulatórias das escrituras, a que se referem, foram ajuizadas pelo pai, em ação autônoma, justamente porque no inventário não se discute direitos de terceiros, ou mesmo direito dos herdeiros para com terceiros, mas sim, direitos entre estes, exatamente nos moldes mencionados no acórdão do Superior Tribunal de Justiça ao dizer que *"o pedido de abertura de inventário interrompe o curso do prazo prescricional para todas as pendengas entre meeiro, herdeiros e/ou legatários que exijam a definição de titularidade sobre parte do patrimônio inventariado"*, e obviamente e sabidamente os terceiros Wilson Ricartes de Oliveira e s/m Abigail Luiza de Oliveira não são meeiros, herdeiros e/ou legatários.

Inclusive, ao comentar tal julgado do STJ (REsp 1.639.314/MG) o IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família publicou em 04/10/2017:

"Decisão da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ interrompeu o prazo prescricional relativo ao requerimento de sucessão de patrimônio, num caso de disputa entre herdeiros da mesma família. O deferimento deixa claro que o período de vencimento é sustado no exato momento em que é realizada a abertura do inventário do falecido. De acordo com os ministros do STJ, o impedimento é imperativo para não favorecer aqueles que, de algum modo, estejam usufruindo do bem, em detrimento dos demais herdeiros.

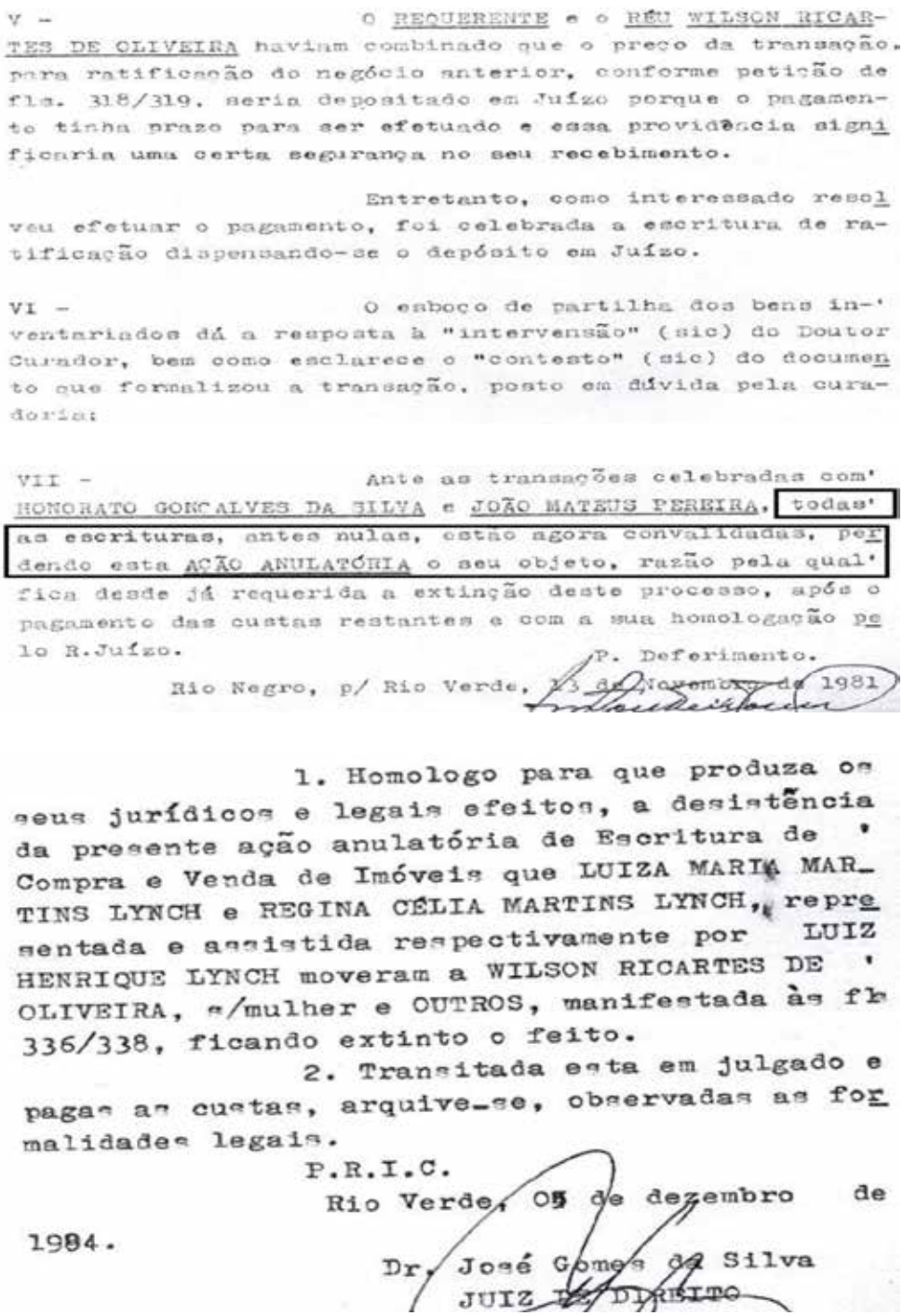
Doutor em Direito Privado e membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), Salomão Cateb afirma que, com a abertura da sucessão, transmite-se, neste mesmo ato e momento, o direito dos herdeiros ao valor patrimonial. 'Segue o processo por todo um ritual e, finalmente, far-se-á a partilha, quando cada herdeiro determina o quanto que lhe cabe desde a abertura da sucessão. Não se discute prescrição. A não ser àquele herdeiro ausente, que, no prazo de 15 (quinze) anos, não postula o seu direito', explica.

Mesmo depois de feita a partilha, ainda conforme o advogado, o herdeiro pode propor a Petição de Herança, requerendo a citação de todos os demais [herdeiros] que participaram do inventário. 'Pelo art. 611 do Código de Processo Civil, ele [inventário] deve ser aberto no prazo de dois meses, ultimando-se em 12 (doze) meses. Se o prazo for ultrapassado, inexiste penalidade na lei processual, porém a legislação fiscal cobrará multa', acrescenta.

Cateb esclarece que, no processo de inventário, não se discute prescrição. 'Hoje, conforme a legislação em vigor, o prazo máximo da usucapião é de 15 (quinze) anos. Assim, se decorrido o referido prazo, poderão os herdeiros - participantes do processo e titulares de bens que foram partilhados - opôr a usucapião, como direito de aquisição. Toda disputa sobre direito de herança deve ser arguida em ação própria, nunca no processo de inventário.

Teoricamente, ele é 'sumário', simples e sem maiores disputas. Entretanto, quando há vários herdeiros, pode ser que a ambição supere a origem e, com isso, comecem a disputar determinados bens no momento da partilha', arremata."

Ademais, é possível constatar nas f. 435-436 (petição na ação anulatória movida pelo pai dos agravantes contra os agravados), que o pai dos agravantes peticionou nos autos informando que, não só os agravados realizaram o pagamento, mas todos os requeridos naquela ação, e por isso as escrituras foram ratificadas e foi requerida a extinção do processo, de fato homologada posteriormente (f. 458):



V - O REQUERENTE e o RÉU WILSON RICARTES DE OLIVEIRA haviam combinado que o preço da transação, para ratificação do negócio anterior, conforme petição de fls. 318/319, seria depositado em Juízo porque o pagamento tinha prazo para ser efetuado e essa providência significaria uma certa segurança no seu recebimento.

Entretanto, como interessado resolveu efetuar o pagamento, foi celebrada a escritura de ratificação dispensando-se o depósito em Juízo.

VI - O esboço de partilha dos bens inventariados dá a resposta à "intervensão" (sic) do Doutor Curador, bem como esclarece o "contesto" (sic) do documento que formalizou a transação, posto em dúvida pela curadoria;

VII - Ante as transações celebradas com HONORATO GONCALVES DA SILVA e JOÃO MATEUS PEREIRA, todas as escrituras, antes nulas, estão agora convalidadas, perdendo esta AÇÃO ANULATÓRIA o seu objeto, razão pela qual fica desde já requerida a extinção deste processo, após o pagamento das custas restantes e com a sua homologação pelo R.Juízo.

P. Deferimento.

Rio Negro, p/ Rio Verde, 13 de Novembro de 1981

1. Homologo para que produza os seus jurídicos e legais efeitos, a desistência da presente ação anulatória de Escritura de Compra e Venda de Imóveis que LUIZA MARIA MARTINS LYNCH e REGINA CÉLIA MARTINS LYNCH, representada e assistida respectivamente por LUIZ HENRIQUE LYNCH moveram a WILSON RICARTES DE OLIVEIRA, s/mulher e OUTROS, manifestada às fls 336/338, ficando extinto o feito.

2. Transitada esta em julgado e pagas as custas, arquive-se, observadas as formalidades legais.

P.R.I.C.

Rio Verde, 05 de dezembro de 1984.

Dr. José Gomes da Silva
JUIZ DE DIREITO

Além disso, pelo exame das cadeias dominiais dos imóveis objeto das certidões de f. 476-511, em nenhum o falecido pai dos agravantes permaneceu como adquirente, e se há alguma inconsistência, assim como o pai, no passado, ajuizou a ação cabível, da mesma forma, atualmente, os agravantes, se assim entenderem, devem fazê-lo, examinando na íntegra aquela ação anulatória e efetuando o levantamento das matrículas das áreas envolvidas.

Por fim, deixo de analisar a alegada prescrição da pretensão dos agravantes porque o processo de origem não é a via adequada, não sendo possível extingui-lo com resolução de mérito com fundamento na aludida prescrição, cabendo aos agravantes, por sua conta e risco, assistidos por seus advogados avaliarem se pretendem ajuizar a ação cabível ou não.

Até porque, salvo engano, se até hoje nenhum herdeiro sequer tem a posse das áreas que foram partilhadas no inventário da mãe, ainda que o formal de partilha não tenha sido registrado nas matrículas dos imóveis em questão, correm o risco de encontrar defesas de usucapião.

Do contrário, se estão na posse, independentemente do registro na matrícula do imóvel, podem eles mesmos ajuizarem a ação de usucapião das terras sobre as quais exercem a posse.

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao recurso.

É como voto.1212

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. 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, 25 de junho de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte
Apelação Cível nº 0800093-69.2015.8.12.0041 – Ribas do Rio Pardo

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – SERVIDÃO DE PASSAGEM – CADEADO EM PORTEIRA – ACESSO ATÉ ENTÃO UTILIZADO AMIGAVELMENTE, FATO OCORRIDO POR LONGOS ANOS – PASSAGEM ALTERNATIVA APROPRIADA SOMENTE PARA O TRANSITO DE TRATORES – REQUISITOS DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PRESENTES – ESBULHO CONFIGURADO – SENTENÇA QUE DETERMINOU A REINTEGRAÇÃO DE POSSE MANTIDA – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO

A servidão de passagem, independentemente do registro no CRI, configura-se pelo uso contínuo pelo possuidor e seus antecessores da estrada situada na propriedade da recorrente, no intuito de acessar sua gleba, facultando-se a sua defesa mediante a tutela possessória.

Ao contrário do direito de passagem forçada do art. 1.285 do Código Civil, o direto de servidão de passagem não exige o encravamento do imóvel.

Demostrado pelas provas dos autos que os autores recorridos possuíam a servidão de passagem da área litigiosa e foi esbulhada pela ré com o bloqueio a passagem, mantem-se a sentença que determinou a reintegração de posse.

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, 31 de março de 2020.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Marli Soares de Andrade Hidalgo, ré nos autos da ação de reintegração de posse ajuizada por Vilson Carlos Nastri e Dirce Serafim Nastri, interpõe recurso de apelação contra sentença que jugou procedente o pedido formulado pelos autores.

Nas razões recursais (f. 413-425), a apelante sustenta que a sentença deve se reformada, *"haja vista que a pretensão dos apelados, de usar a propriedade da apelante para acesso à sua propriedade é de mera comodidade, uma vez que sua propriedade não é encravada, tendo, aliás, outro meio de acesso prometido e compromissado pelo vendedor do empreendimento (f. 416)."*

Enfatiza que os requerentes nunca tiveram a posse, já que a sua passagem era esporádica, isso por mera tolerância e cortesia do possuidor do imóvel e sempre com a sua autorização.

Prossegue, afirmando que quando o Sr. Ramires vendeu a propriedade aos apelados, ele garantiu que seria feito uma via de acesso, de modo que tal obrigação da alçada do Sr. Ramires não pode ser transferida à parte ora apelante, informando ainda que *"a cerca lateral da Fazenda Santa Anita, de divisa com a Fazenda Ramires está um pouco adentro de sua real área desde a compra da mesma, já em virtude da promessa de construção da referida estrada pela Ramires, a qual seria feita beirando a lateral da Fazenda (f. 419)."*

Destaca que a sentença de procedência do pedido foi julgada com base no depoimento da testemunha Luiz Calvo Ramires, testemunho que não tem valor probante por ter sido prestado por pessoa que não cumpriu com a sua obrigação de criar uma via de acesso aos apelados, no caso, a construção de uma estrada pela lateral da fazenda.

Transcrevem os depoimentos das testemunhas Suzi Elena Ayala Silveira, Geovanildo de Souza e Wellington Roberto Fernandes da Silva, ponderando que tais testemunhos sinalizam que nunca foi permitida livre passagem dos apelados, mas sim mera cortesia e tolerância por parte da apelante.

Por último, sustenta que não se está diante de um imóvel encravado, pois existe outro caminho que dá acesso a mesma área que pretendem chegar com a utilização da estrada objeto destes autos, sendo assim, não há falar em passagem forçada. Pede provimento ao recurso pra que seja reformada a sentença, julgando improcedente o pedido formulado pelos autores.

Em contrarrazões, os apelados batem-se pela manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

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

Marli Soares de Andrade Hidalgo, ré nos autos da ação de reintegração de posse ajuizada por Vilson Carlos Nastri e Dirce Serafim Nastri, interpõe recurso de apelação contra sentença que jugou procedente o pedido formulado pelos autores.

A sentença recorrida contém a seguinte fundamentação:

> *"Cuidam os presentes autos de ação de reintegração de posse ajuizada por Vilson Carlos Nastri e Dirce Serafim Nastri contra Marli Soares de Andrade Hidalgo. Os autores, proprietários de dois imóveis rurais localizados neste município, afirmam que a ré obstruiu uma servidão de passagem localizada nas propriedades dela que dá acesso à fazenda deles.*
>
> *Por seu turno, a ré alega que se trata de ato de mera tolerância, daí porque os autores não podem obrigá-la a suportar tal acesso por sua propriedade.*
>
> *De plano, há que se diferenciar direito de vizinhança e servidão de passagem, institutos que, por evidência, não se confundem.*
>
> *Enquanto a primeira é prevista legalmente, estabelecendo direitos e deveres entre proprietários de prédios contíguos; a segunda, por sua vez, nasce da vontade das próprias partes para fins de melhor aproveitamento de suas propriedades, por conveniência e comodidade.*
>
> *Importante também, do ponto de vista prático, é a distinção entre as servidões e os atos de mera tolerância. Não raro, o proprietário de um prédio permite que o vizinho pratique nele determinados atos sem ter, porém, a intenção de constituir em seu favor um direito. São atos eminentemente precários, daí porque podem ser proibidos a todo tempo e sua repetição não enseja servidão.*

Na hipótese em exame, é inegável que o acesso objeto da lide configura uma servidão de passagem, porque fato incontroverso nos autos que a ré, após a aquisição das fazendas, concordou em manter o uso pelos autores da estrada em questão; o que demonstra sua constituição voluntária.

Anoto que para a configuração da servidão aparente é irrelevante o fato de o imóvel rural estar encravado e o fato de existir via alternativa para acesso, conforme sugere equivocadamente a ré.

Além disso, é cediço que a servidão aparente prescinde de ato formal para sua caracterização, sendo perfeitamente possível o seu reconhecimento por meio de outras provas, consoante a diretriz contida no enunciado sumular 415 do Supremo Tribunal Federal. Súmula 415 do STF. Servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória.

Noutro passo, insta destacar que aquele que detém servidão de passagem tem direito de protegê-la, invocando em seu favor as ações possessórias de reintegração, manutenção ou proibitório, sempre que se sentir cerceado no exercício dos seus direitos, como ocorre no caso em tela."

Nesse sentido a jurisprudência do Tribunal mineiro:

"Omissis (...)

Pois bem. Na espécie, os autores requerem a reintegração de posse da servidão de passagem que dá acesso às suas fazendas Terra Nova n.º 05 e 06, correspondente ao trajeto traçado na cor vermelha pelo laudo técnico (f. 119-123), que perpassa pela fazenda Terra Nova n.º 02 e 03 de propriedade da requerida.

Em casos de ação de reintegração de posse, para provimento do pedido, a parte autora deve provar: a posse, o esbulho praticado pelo réu, a data do esbulho e a perda da posse.

Omissis (...)

Na hipótese dos autos, os autores demonstraram com os documentos desde logo juntados com a inicial e com a prova oral produzida, sob o crivo do contraditório, que a referida servidão de passagem já existia muito antes da compra das mencionadas fazendas.

A prova oral colhida em audiência é uníssona nesse norte.

João Arruda Vieira Marques confirmou que o aludido impedimento. Disse ainda de forma categórica que o acesso a mencionada estrada sempre esteve disponível, não havendo, até então, qualquer impedimento para adentrar às fazendas de propriedades dos autores.

Relatou ainda que não era costume pedir permissão ao funcionário da ré para utilizar a estrada que corta a fazenda Terra Nova n.º 02 e 03, tanto isso é que a chave da porteira ficava a disposição, próxima a um poste.

Por sua vez, a testemunha Geovanildo de Souza, o qual, digase de passo, é funcionário longevo na região, por aproximadamente 10 anos, atestou que referida servidão era utilizada pelos anteriores proprietários, antes mesmo dos autores adquirirem a área.

No mais, o depoimento da testemunha Wellington Roberto Fernandes da Silva foi ao encontro dos testemunhos anteriores, contribuindo com os argumentos lançados pelos autores, de que o acesso à fazenda destes últimos sempre se deu pela estrada que corta a fazenda da requerida. Quando começou a frequentar a região, diz que a porteira tinha cadeado, possuindo uma chave próxima ao local, que permitia o acesso à fazenda dos autores. Consignou ainda que não era rotineiro solicitar acesso à estrada que corta a fazenda da requerida (f. 340).

Finalmente, Luiz Calvo Ramires, proprietário anterior das áreas vendidas aos autores, assim esclareceu o imbróglio do vertente feito:

Testemunha: O que eu conheço dessa história, é que, inclusive eu tenho amizades com o proprietário que a contratou, eu cheguei a falar para ele 'Sérgio, você está errado, você não pode fechar a estrada para ele, o Vilson, o Vilson está aí antes de você, você não pode fazer isso' ele falou 'Mas eu não quero que ele passe na minha área', falei 'Essa área não é sua, isso é uma estrada praticamente pública, há muitos anos atrás, uma das estradas, e a outra eu que fiz essa estrada e pus porteira lá, você tirou a porteira porque comprou as duas glebas aqui, você simplesmente tirou porteira e usou essa estrada para fazer o seu pasto, você não pode fazer isso, está prejudicando outras pessoas', aí ele me falou 'Eu não vou abrir mão disso aqui, ele que entre na Justiça', você sabe muito bem, e falou para mim simplesmente assim 'Ele que entre na Justiça procurar os seus direitos', e falei 'Isso é um absurdo você fazer isso, não tem cabimento, não é possível um negócio desse, você quer guerra com uma coisa que você não tem nenhum direito?', e ele simplFinalmente, Luiz Calvo Ramires, proprietário anterior dasesmente falou assim 'Ele que procure os direitos dele', eu cheguei a falar com ele, ele não tem a menor razão, o seu Hidalgo está totalmente errado, estou falando porque quem vendeu a gleba para ele fui eu, eu não tenho nenhum interesse nesse processo, ele já comprou e pagou, ele vinha passando há mais de dez, vinte anos, quando eu vendi a gleba para o Sérgio, nem sei quanto tempo depois que o Sérgio comprou, não sei dizer exatamente, mas com certeza absoluta, o Vilson comprou antes, e o Sérgio depois, e ele tinha esse direito nas estradas e ele utilizava ela, simplesmente, eu não sei qual o motivo, o Sérgio Hidalgo um dia fechou uma estrada, usou como pasto dele, e a outra entrada simplesmente fechou, não deixando ele passar, a verdade é só isso, meu interesse nisso é a verdade só.

Portanto, da leitura dos trechos dos depoimentos, infiro que os antigos proprietários, antes mesmo dos autores terem adquirido o imóvel, já utilizavam o acesso que passa por trecho da propriedade da requerida.

Verifico ainda que não era mera tolerância da ré, uma vez que tal situação perdurou por vários anos, antes e após a compra das fazendas, tendo sido obstruída a passagem em meados de 2014.

Com efeito, ao tratar dos efeitos da posse, o art. 1.210 do Código Civil atual dispôs que o possuidor tem direito a ser restituído na posse no caso de esbulho.

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

Muito embora o Código Civil seja omisso no tocante ao conceito de esbulho, este, segundo a doutrina de Clóvis Beviláqua 'é a injusta privação da posse, sofrida por aquele que a tem' ou, ainda, na lição de Tito Fulgêncio 'o ato de tomar alguma coisa a alguém contra sua vontade sem legítima autoridade ou direito'.

É requisito do esbulho, dessarte, que haja uma privação injusta da posse, através de ato arbitrário ou clandestino ou, ainda, por abuso de confiança.

Assim, seguindo essa linha de raciocínio, também restou incontroverso nos autos que a ré praticou esbulho, impedindo o acesso dos autores à fazenda, conforme a própria atesta em sua defesa.

Essa assertiva é corroborada pela prova oral colhida nos autos, em particular os depoimentos de João Arruda Marques, Geovanildo de Souza, Welington Roberto Fernandes da Silva e Luiz Calvo Ramires.

Com efeito, restou demonstrado nos autos que os autores possuíam a servidão de passagem da área litigiosa e foi esbulhada pela ré com o bloqueio da passagem, impedindo seu acesso.

Ressalto que, ainda que a Fazenda Terra Nova n.º 05 e 06 possa ser acessada por outra estrada, tal fato não altera a conclusão aqui exposta, vez que a servidão de passagem, objeto da presente ação, conforme dito alhures, não exige o encravamento do imóvel, não se confundindo, portanto, com o direito de passagem forçada.

Nesse sentido a jurisprudência dos Tribunais pátrios:

Omissis (...)

Assim, comprovada a posse anterior dos autores e o esbulho praticado pela ré, o pedido de reintegração é procedente." (Sentença f. 405-410).

Não obstante os fundamentos acima expostos, sustenta a apelante que a sentença deve se reformada, *"haja vista que a pretensão dos apelados, de usar a propriedade da apelante para acesso à sua propriedade é de mera comodidade, uma vez que sua propriedade não é encravada, tendo, aliás, outro meio de acesso prometido e compromissado pelo vendedor do empreendimento (f. 416)."*

Enfatiza que os requerentes nunca tiveram a posse, já que a sua passagem era esporádica, isso por mera tolerância e cortesia do possuidor do imóvel e sempre com a sua autorização.

Prossegue, afirmando que quando o Sr. Ramires vendeu a propriedade aos apelados, ele garantiu que seria feito uma via de acesso, de modo que tal obrigação da alçada do Sr. Ramires não pode ser transferida à parte ora apelante, informando ainda que *"a cerca lateral da Fazenda Santa Anita, de divisa com a Fazenda Ramires está um pouco adentro de sua real área desde a compra da mesma, já em virtude da promessa de construção da referida estrada pela Ramires, a qual seria feita beirando a lateral da Fazenda (f. 419)."*

Destaca que a sentença de procedência do pedido foi julgada com base no depoimento da testemunha Luiz Calvo Ramires, testemunho que não tem valor probante por ter sido prestado por pessoa que não cumpriu com a sua obrigação de criar uma via de acesso aos apelados, no caso, a construção de uma estrada pela lateral da fazenda.

Transcrevem os depoimentos das testemunhas Suzi Elena Ayala Silveira, Geovanildo de Souza e Wellington Roberto Fernandes da Silva, ponderando que tais testemunhos sinalizam que nunca foi permitida livre passagem dos apelados, mas sim mera cortesia e tolerância por parte da apelante.

Por último, sustenta que não se está diante de um imóvel encravado, pois existe outro caminho que dá acesso a mesma área que pretendem chegar com a utilização da estrada objeto destes autos, sendo assim, não há falar em passagem forçada.

Com esses argumentos, pede, ao final, seja reformada a sentença para que seja julgado improcedente o pedido de reintegração de posse formulado na inicial.

Feito esse registro dos fatos, passo ao voto.

Após detida análise dos autos, penso que a sentença deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

No caso em tela, ao contrário do que sustenta a apelante, a sentença recorrida não está fundamentada exclusivamente no depoimento da testemunha Luiz Calvo Ramires, mas também no depoimento de João Arruda Vieira Marques, Geovanildo de Souza e Wellington Roberto Fernandes da Silva, pessoas que comprovaram a existência de servidão de passagem na área litigiosa, servidão existente muito antes das compras das fazendas Terra Nova n.02 e 03, de propriedade da parte ora recorrente.

Neste sentido, a testemunha Welligton Roberto Fernandes da Silva, ao depor em juízo (f. 340), confirmou a declaração prestada à f. 134, cujo interior teor é o seguinte:

D E C L A R A Ç Ã O

Eu, WELINGTON ROBERTO FERNANDES DA SILVA, brasileiro, casado, empresário, portador do RG nº 657.482 - SSP/MS e CPF/MF nº 600.692.871-04, residente na Rua Cristalina, 192, Campo Grande - MS, declaro que:

a) sou prestador de serviço na área de preparo e cultivo de solo agrícola, por intermédio da minha empresa denominada WA PRESTADORA DE SERVIÇOS AGRÍCOLAS;

b) que por 2 (dois) anos consecutivos - novembro/2013 a fevereiro/2014, depois do início de novembro/2014 ao final de novembro/2014 - prestei serviço nas Fazendas TERRA NOVA 5 e TERRA NOVA 6, de propriedade do Sr. Vilson Carlos Nastri, sendo que o acesso por onde entrei e sai com os meus maquinários sempre se deu pela estrada que liga a BR 262, passando pela Fazenda Santa Anita (TERRA NOVA 2 e TERRA NOVA 3);

c) após a última temporada do serviço prestado, tentei retornar a Fazenda TERRA NOVA 5 e TERRA NOVA 6 para retirada dos meus maquinários, oportunidade em que fui comunicado pelo Capataz da Fazenda do Sr. Vilson, de que eu não poderia mais entrar pelo acesso que liga a BR 262, cruzando a Fazenda Santa Anita (TERRA NOVA 2 e TERRA NOVA 3), sob o argumento de que era ordens do proprietário, Sr. Sérgio Hidalgo de que não poderia mais usar aquela estrada;

d) em decorrência do fato acima especificado e ciente de que não existe outro acesso até a propriedade do Sr. Vilson, onde estavam os meus maquinários, conversei pessoalmente com o Sr. Sérgio Hidalgo, no escritório da Fazenda Santa Anita, no Bairro Monte Libano, em Campo Grande, esclarecendo ao mesmo de que eu não tinha

nada haver com o Sr. Vilson e não tinha conhecimento de nada, que apenas prestei o meu trabalho na área dele e necessitava apenas retirar os meus equipamentos. Diante de tal fato, o mesmo autorizou-me a retirar, o que ocorreu no dia 29/11/2014.

Por ser a expressão da verdade, firmo a presente.

Como se vê, a testemunha Welligton Roberto Fernandes da Silva, pessoa que prestou serviços de reforma de pastagem na fazenda dos recorridos, esclareceu que antes do mês de novembro de 2014, nunca teve problemas de acesso a propriedade dos recorridos, acesso que sempre ocorreu por meio da Fazenda Santa Anita (Terra Nova 2 e Terra Nova 3), fazenda essa de propriedade da parte ora recorrente.

Outrossim, inobstante a recorrente venha a questionar a validade do depoimento da testemunha Luiz Carlos Ramirez, em momento algum tece ela qualquer comentário acerca do depoimento de seu antigo funcionário, Sr. Geovanildo de Souza, que, ao depor em juízo, informou que os apelados já utilizavam da estrada objeto deste litígio por aproximadamente 10 (dez) anos, conforme bem destacado pelo julgador de primeiro grau na sentença recorrida.

Noutro norte, também não procede a alegação da recorrente que o fato corrido não induz a posse por se tratar de ato de mera tolerância, isto porque a servidão de passagem ocorreu por vários anos, antes e depois da compra das fazendas de propriedade dos autores recorridos e da parte recorrente.

Por último, o fato de o imóvel dos recorridos não ser encravado não constitui argumento capaz de macular a sentença pois a servidão de passagem não exige o encravamento do imóvel sendo nesse sentido o entendimento jurisprudencial, *in verbis*.

> *"APELAÇÃO CÍVEL – RECURSO ADESIVO – SERVIDÕES – REINTEGRAÇÃO DE POSSE – SERVIDÃO APARENTE DE PASSAGEM. 1. Ré que se insurge contra o indeferimento de inspeção judicial, em preliminar, sem, contudo, pedir a apreciação do agravo retido interposto contra tal decisão. Preclusão configurada. Preliminar rejeitada. 2. Estrada localizada em terreno particular, não titulada, não impede a configuração de servidão aparente. Existência de caminhos alternativos, ainda que mais viáveis, igualmente não obsta ao reconhecimento da servidão aparente. Evidenciada a posse anterior sobre servidão aparente e o esbulho possessório. Manutenção da sentença de procedência do pedido de reintegração de posse. Apelo da ré desprovido. 3. Honorários advocatícios majorados, em consonância com as peculiaridades do caso concreto e com os critérios do artigo 20 do CPC. Apelo dos autores provido, em parte. Rejeitaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento ao apelo da ré e deram parcial provimento ao apelo dos autores. Unânime."* (TJRS, AC Nº 70030116248, 18ª Câmara Cível, Relator: Elaine Maria Canto da Fonseca, J. 29/08/2013).

> *"EMENTA – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – SERVIDÃO DE PASSAGEM – CADEADO EM PORTEIRA – ACESSO ATÉ ENTÃO UTILIZADO AMIGAVELMENTE – PASSAGEM ALTERNATIVA SEM CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO – REQUISITOS DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – ESBULHO CONFIGURADO. A servidão de passagem, independentemente do registro no CRI, configura-se pelo uso contínuo pelo possuidor e seus antecessores da estrada situada na propriedade dos requeridos, no intuito de acessar sua gleba, facultando-se a sua defesa mediante a tutela possessória. - Ao contrário do direito de passagem forçada do art. 1.285 do Código Civil, o direto de servidão de passagem não exige o encravamento do imóvel, mormente considerando que, in casu, a recuperação do outro acesso precário lá existente exigiria dispendiosos investimentos com terraplenagem e licenças ambientais, além de, necessariamente, também implicar na transposição de outros*

imóveis alheios." (TJMG, AC 1.0106.09.041038-7/003, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio André da Fonseca Xavier, J. 15/06/2015, Dje. 22/06/2015).

Enfim, o fato é que restou demonstrada nos autos que os recorridos possuíam a servidão de passagem da área litigiosa e foi esbulhada pela recorrente com o bloqueio da passagem, impedindo o seu acesso e, diante desse quadro, deve ser mantida a sentença que determinou a reintegração de posse aos recorridos.

Dispositivo

Posto isso, conheço do recurso de apelação interposto por Marli Soares de Andrade Hidalgo e nego-lhe provimento. Com a manutenção da sentença, fixo os honorários recursais em favor do causídico da parte autora em 3% (três por cento) do valor atualizado da causa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 31 de março de 2020.

***

Órgão Especial
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte
Direta de Inconstitucionalidade nº 1412566-25.2019.8.12.0000

EMENTA – CONSTITUCIONAL-ADMINISTRATIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI DE INICIATIVA DO LEGISLATIVO MUNICIPAL, QUE CONCEDE DESCONTO DE ATÉ 15% NO IPTU PARA EMPRESAS E MUNÍCIPES QUE INSTALAREM CÂMERAS DE VIDEOMONITORAMENTO DE ALTA RESOLUÇÃO ("CIDADE VIGIADA") – LEI MUNICIPAL N. 3.425/2018, DO MUNICÍPIO DE TRÊS LAGOAS, CUJO VETO FOI REJEITADO FORA DO PRAZO LEGAL – PROCESSO LEGISLATIVO VICIADO – ATO EQUIPARÁVEL À RENÚNCIA FISCAL, PRIVATIVO DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LEGALIDADE, HARMONIA E SEPARAÇÃO DOS PODERES, ISONOMIA E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

Padece de inconstitucionalidade formal e material a lei municipal, de iniciativa do legislativo, cujo veto foi rejeitado fora do prazo legal, que concede desconto no IPTU (Imposto Predial e Territorial Urbano), sem estudo de impacto financeiro, para empresas e munícipes que instalarem câmeras de videomonitoramento em frente aos seus estabelecimentos comerciais e residenciais.

Muito embora a lei impugnada trate de matéria tributária, referida norma não consiste apenas em obrigar o Poder Executivo a implantar câmeras de videomonitoramento, mas igualmente em oferecer descontos no IPTU àqueles que cumprirem a norma, o que implica em renúncia de receita, matéria da competência privativa do Executivo, prevista na Lei Orgânica Municipal, que invade campo atinente ao orçamento público e atenta contra a Lei de Responsabilidade Fiscal.

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, contra o parecer, julgaram procedente a ação, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 3 de junho de 2020.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, ajuizada pelo Município de Três Lagoas, representado pelo ilustre Prefeito Ângelo Chaves Guerreiro, em face da Câmara de Vereadores do Município de Três Lagoas, para o fim de ser declarada a inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 3.425, de 17 de julho de 2018, de iniciativa do eminente Vereador André Luiz Bittencourt, que *"dispõe sobre o desconto no IPTU (imposto predial territorial urbano) a empresas e munícipes que instalarem câmeras de videomonitoramento, denominado 'cidade vigiada', e dá outras providências."*

Alega, em suma, que a referida lei foi vetada por ser inconstitucional e violadora da Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 14), diante da existência de renúncia fiscal, sobretudo em época de crise

financeira, mas o referido veto foi rejeitado pelo Poder Legislativo, o que vem causando enormes transtornos nas finanças do Município de Três Lagoas.

Esclarece que, embora o STF, em Tese de Repercussão Geral (Tema 682 – ARE 743.480, Rel. Min. Gilmar Mendes), tenha definido que *"inexiste, na Constituição Federal de 1988, reserva de iniciativa para leis de natureza tributária, inclusive para as que concedem renúncia fiscal",* é inegável, em alguns casos, que a matéria de natureza tributária interfere diretamente na execução do orçamento público, cuja iniciativa legislativa é do Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 160, incisos I, II e III, da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul.

Salienta que há nítido vício de inconstitucionalidade material na lei objurgada, visto que, *"apesar do fato de a citada lei municipal tratar de matéria tributária, que não se insere na competência privativa do Chefe do Poder Executivo,* ***apresenta irrecusável peculiaridade, pois implica em renúncia de receita, gerando desequilíbrio nas contas públicas e comprometendo o orçamento municipal*** *(...)."* G.n.

Destaca que leis tributárias de iniciativa do Poder Legislativo, que afetem diretamente o orçamento público, violam em regra o princípio da harmonia e separação dos poderes, porque existirá uma preponderância do Poder Legislativo sobre o Chefe do Executivo, o que afronta os artigos 2º e 14 da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul, ante a existência de vício substancial da matéria disciplinada, porquanto, nesse caso, o orçamento passa a ser controlado pelo Legislativo, mesmo que indiretamente.

A Câmara Municipal, ao rejeitar o veto realizado pelo Prefeito Municipal, devidamente fundamentado, invadiu campo atinente ao orçamento público, afetando diretamente e de forma negativa, em visível desvio do poder de legislar, ao impor um corte orçamentário à Administração, sem as devidas observâncias da legislação.

Aduz que o art. 10 da norma impugnada impõe ao Chefe do Executivo o dever de regulamentá-la no prazo de 90 (noventa) dias, o que afronta o art. 89, incisos VI e VII, da Constituição Estadual, caracterizando usurpação da competência privativa do Chefe do Executivo.

Acrescenta que, ao rejeitar o veto realizado pelo Chefe do Executivo, a Câmara Municipal afrontou o princípio do devido processo legal, previsto no art. 70, §§ 4º e 6º da Constituição Estadual, reproduzido no art. 29, §§ 4º e 6º da Lei Orgânica Municipal.

Assevera que tanto a rejeição do veto quanto a promulgação da lei pelo Presidente do Poder Legislativo ocorreram de forma extemporânea, em afronta ao ordenamento jurídico, o que acarretou a preclusão do ato.

Afirma que o fundamento constitucional de validade da Lei de Responsabilidade Fiscal é o disposto no art. 163 da CF/88, sendo certo que o art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias exige que *"a proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro",* o que não foi observado pela Câmara Municipal de Três Lagoas, prejudicando sobremaneira o orçamento público municipal.

Obtempera que a lei impugnada não conceitua nem especifica o que seria câmeras de videomonitoramento de alta resolução, o que demonstra que a norma padece de uma carga de imprecisão e subjetividade muito grande, trazendo, para a Administração Pública, grande dificuldade em sua interpretação, sobretudo na eventualidade de se conceder o desconto ao munícipe.

Adiciona que a manutenção da lei questionada tem o potencial de gerar ao Poder Executivo Municipal, além da renúncia de receita, gastos para fiscalizar a aplicação da lei.

Em abono de sua tese, reproduz diversas jurisprudências, culminando por requerer a concessão imediata da medida cautelar, sem oitiva prévia da Câmara Municipal, com a suspensão *in totum* dos efeitos da legislação combatida, sob pena de haver grande perda de arrecadação.

Requer, ao final, a procedência do pedido, com a declaração de inconstitucionalidade, na íntegra, da Lei Municipal n. 3.425/18.

Colocada em mesa para a sessão seguinte após a distribuição, independentemente de pauta, na forma do § 1º do art. 517 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, c/c o § 3º do art. 10 da Lei n. 9.868, de 10.11.99, o colegiado deste Egrégio Órgão Especial houve por bem deferir, por unanimidade, a cautelar, suspendendo, integralmente, a eficácia dos dispositivos da Lei Municipal de Três Lagos n. 3.425, de 17 de julho de 2018, até o julgamento definitivo da presente ação (acórdão de págs. 42/53).

A Câmara Municipal de Três Lagoas manifestou-se pela improcedência do pedido (págs. 60/68).

A seu turno, o Ministério Público apresentou parecer da lavra do eminente Procurador-Geral de Justiça em Exercício, Dr. Humberto de Matos Brittes, o qual opinou pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade (págs. 75/81).

VOTO

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

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar, ajuizada pelo Município de Três Lagoas, representado pelo ilustre Prefeito Ângelo Chaves Guerreiro, em face da Câmara de Vereadores do Município de Três Lagoas, para o fim de ser declarada a inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 3.425, de 17 de julho de 2018, de iniciativa do eminente Vereador André Luiz Bittencourt, que *"dispõe sobre o desconto no IPTU (imposto predial territorial urbano) a empresas e munícipes que instalarem câmeras de videomonitoramento, denominado 'cidade vigiada', e dá outras providências."*

Alega, em suma, que a referida lei foi vetada por ser inconstitucional e violadora da Lei de Responsabilidade Fiscal (art. 14), diante da existência de renúncia fiscal, sobretudo em época de crise financeira, mas o referido veto foi rejeitado pelo Poder Legislativo, o que vem causando enormes transtornos nas finanças do Município de Três Lagoas.

Esclarece que, embora o STF, em Tese de Repercussão Geral (Tema 682 – ARE 743.480, Rel. Min. Gilmar Mendes), tenha definido que *"inexiste, na Constituição Federal de 1988, reserva de iniciativa para leis de natureza tributária, inclusive para as que concedem renúncia fiscal",* é inegável, em alguns casos, que a matéria de natureza tributária interfere diretamente na execução do orçamento público, cuja iniciativa legislativa é do Chefe do Poder Executivo, nos termos do art. 160, incisos I, II e III, da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul.

Salienta que há nítido vício de inconstitucionalidade material na lei objurgada, visto que, *"apesar do fato de a citada lei municipal tratar de matéria tributária, que não se insere na competência privativa do Chefe do Poder Executivo,* ***apresenta irrecusável peculiaridade, pois implica em renúncia de receita, gerando desequilíbrio nas contas públicas e comprometendo o orçamento municipal*** *(...)."* G.n.

Destaca que leis tributárias de iniciativa do Poder Legislativo, que afetem diretamente o orçamento público, violam em regra o princípio da harmonia e separação dos poderes, porque existirá uma preponderância do Poder Legislativo sobre o Chefe do Executivo, o que afronta os artigos 2º e 14 da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul, ante a existência de vício substancial da matéria disciplinada, porquanto, nesse caso, o orçamento passa a ser controlado pelo Legislativo, mesmo que indiretamente.

A Câmara Municipal, ao rejeitar o veto realizado pelo Prefeito Municipal, devidamente fundamentado, invadiu campo atinente ao orçamento público, afetando diretamente e de forma negativa, em visível desvio do poder de legislar, ao impor um corte orçamentário à Administração, sem as devidas observâncias da legislação.

Aduz que o art. 10 da norma impugnada impõe ao Chefe do Executivo o dever de regulamentá-la no prazo de 90 (noventa) dias, o que afronta o art. 89, incisos VI e VII, da Constituição Estadual, caracterizando usurpação da competência privativa do Chefe do Executivo.

Acrescenta que, ao rejeitar o veto realizado pelo Chefe do Executivo, a Câmara Municipal afrontou o princípio do devido processo legal, previsto no art. 70, §§ 4º e 6º da Constituição Estadual, reproduzido no art. 29, §§ 4º e 6º da Lei Orgânica Municipal.

Assevera que tanto a rejeição do veto quanto a promulgação da lei pelo Presidente do Poder Legislativo ocorreram de forma extemporânea, em afronta ao ordenamento jurídico, o que acarretou a preclusão do ato.

Afirma que o fundamento constitucional de validade da Lei de Responsabilidade Fiscal é o disposto no art. 163 da CF/88, sendo certo que o art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias exige que *"a proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro",* o que não foi observado pela Câmara Municipal de Três Lagoas, prejudicando sobremaneira o orçamento público municipal.

Obtempera que a lei impugnada não conceitua nem especifica o que seriam câmeras de videomonitoramento de alta resolução, o que demonstra que a norma padece de uma carga de imprecisão e subjetividade muito grande, trazendo, para a Administração Pública, grande dificuldade em sua interpretação, sobretudo na eventualidade de se conceder o desconto ao munícipe.

Adiciona que a manutenção da lei questionada tem o potencial de gerar ao Poder Executivo Municipal, além da renúncia de receita, gastos para fiscalizar a aplicação da lei.

Em abono de sua tese, reproduz diversas jurisprudências, culminando por requerer a concessão imediata da medida cautelar, sem oitiva prévia da Câmara Municipal, com a suspensão *in totum* dos efeitos da legislação combatida, sob pena de haver grande perda de arrecadação.

Requer, ao final, a procedência do pedido, com a declaração de inconstitucionalidade, na íntegra, da Lei Municipal n. 3.425/18.

Colocada em mesa para a sessão seguinte após a distribuição, independentemente de pauta, na forma do § 1º do art. 517 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, c/c o § 3º do art. 10 da Lei n. 9.868, de 10.11.99, o colegiado deste Egrégio Órgão Especial houve por bem deferir, por unanimidade, a cautelar, suspendendo, integralmente, a eficácia dos dispositivos da Lei Municipal de Três Lagos n. 3.425, de 17 de julho de 2018, até o julgamento definitivo da presente ação (acórdão de págs. 42/53).

A Câmara Municipal de Três Lagoas manifestou-se pela improcedência do pedido (págs. 60/68).

A seu turno, o Ministério Público apresentou parecer da lavra do eminente Procurador-Geral de Justiça em Exercício, Dr. Humberto de Matos Brittes, o qual opinou pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade (págs. 75/81).

Do direito.

A norma que se reputa inconstitucional possui a seguinte redação:

> *"LEI Nº. 3.425 DE 17 DE JULHO DE 2018*
>
> *'DISPÕE SOBRE O DESCONTO NO IPTU (IMPOSTO PREDIAL TERRITORIAL URBANO) A EMPRESAS E MUNÍCIPES QUE INSTALAREM CÂMERAS DE VIDEOMONITORAMENTO, DENOMINADO CIDADE VIGIADA, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS'.*
>
> *FAÇO SABER QUE A CÂMARA MUNICIPAL DE TRÊS LAGOAS, ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, APROVOU E EU, NA QUALIDADE DE SEU PRESIDENTE, DE ACORDO COM O ARTIGO 29 PARÁGRAFOS 5º E 7º DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO PROMULGO A SEGUINTE LEI:*

Art. 1º. Fica concedido o ***desconto no IPTU (Imposto Predial Territorial Urbano) a empresas e munícipes que instalarem câmeras de videomonitoramento de alta resolução*** *em frente a seus estabelecimentos comerciais e/ou imóveis residenciais, possibilitando a visualização das vias e espaços públicos, denominado* ***'Cidade Vigiada',*** *que tem por finalidade incentivar a melhoria dos procedimentos de segurança pública por meio da iniciativa privada.*

Parágrafo único. Também farão jus aos incentivos fiscais, ***as empresas e os munícipes que na data da publicação da presente norma já possuírem câmeras de videomonitoramento em seus imóveis residências e estabelecimentos comerciais****, observados o disposto nesta Lei.*

Art. 2º. ***O desconto será de até 15% (quinze por cento) no IPTU das propriedades prediais descritas no art. 1º desta Lei.***

§ 1º. O desconto previsto no caput será concedido a partir do exercício fiscal seguinte ao requerimento do benefício, ***por no máximo 5 (cinco) anos, podendo ser prorrogado a critério do Poder Executivo.***

§ 2º. O desconto de que trata esta Lei deverá ser ***cumulativo*** *com outros descontos oferecidos aos contribuintes.*

§ 3°. Para obter o desconto previsto no caput o pretenso beneficiário deverá cumprir cumulativamente todos os requisitos elencados na presente norma.

Art. 3º. O sistema de videomonitoramento particular deverá efetuar a gravação 24 horas por dia, com qualidade que possibilite a identificação e reconhecimento das pessoas e placas de veículos captadas pelas câmeras, permitindo a gravação em CD/DVD, pen drive, ou dispositivo mais moderno e prático que vier a substituí-los.

Art. 4º. É vedada a utilização de câmeras de vigilância quando a captação das imagens atingirem o interior de residência, ambiente de trabalho ou qualquer forma de habitação que seja amparada pelos preceitos constitucionais que garantam a privacidade e a inviolabilidade.

Art. 5º. As gravações obtidas de acordo com a presente Lei, deverão ser conservadas pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias corridos, contados a partir de sua captação.

Art. 6º. Quando da fiscalização for constatado que o equipamento de videomonitoramento está em desacordo com os critérios estabelecidos nesta Lei, o descumpridor incorrerá nas seguintes penalidades:

I – advertência com notificação: na primeira autuação o infrator será notificado para sanar a irregularidade em até 10 (dez) dias úteis;

II – Multa: persistindo na infração, multa no percentual de 2 (duas) vezes o valor correspondente ao incentivo fiscal, se após 15 (quinze) dias úteis da aplicação da multa, a situação irregular não for sanada, o valor da multa será majorado para 4 (quatro) vezes o valor do incentivo fiscal auferido.

§ 1º. As imagens quando solicitadas não estiverem em conformidade com a presente Lei, o infrator sofrerá as penalidades previstas no artigo 6º, inciso II, salvo por motivos de caso fortuito ou de força maior.

§ 2º. O valor da multa aplicada será atualizada pelo IPCA-E/IBGE (Índice de Preço ao Consumidor Amplo Especial, medido pelo Instituto de Geografia e Estatística), ou outro que venha a substituí-lo e adotado pela fazenda pública municipal.

§ 3 º. Para efeitos dessa Lei, será considerado descumpridor aquele que constar no cadastro da Prefeitura Municipal, como proprietário do imóvel inscrito no Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), onde esteja instalada a câmera de vigilância, salvo na hipótese do imóvel ser locado, será considerado descumpridor o locatário que constar no contrato de locação com firma devidamente reconhecida em cartório público.

§ 4°. Quando do momento da locação do imóvel, este for beneficiário do incentivo de que trata esta Lei, o Locador deverá informar o locatário das regras contidas nesta norma, sob pena deste ser considerado infrator.

Art. 7°. As imagens registradas somente serão disponibilizadas por meio de requisições ou solicitações fundamentadas do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Polícia federal, da Polícia Rodoviária Federal, da Polícia Civil ou da Polícia Militar.

Art. 8º. O Poder Executivo Municipal poderá realizar interligação das câmeras de segurança instaladas nos imóveis particulares que aderiram ao 'Cidade Vigiada' à central de monitoramento do município, respeitando o disposto no artigo 4º desta Lei.

Art. 9º. O poder Executivo Municipal poderá firmar convênios e parcerias com entes e órgãos públicos, da esfera Estadual ou Federal, bem como com representantes da sociedade civil para a execução das normas contidas na presente Lei.

Art. 10. Esta lei será regulamentada pelo Executivo Municipal no prazo de (90) dias de sua promulgação.

Art. 11. As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, a serem incluídas na Lei Orçamentária Anual.

Art. 12. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Câmara Municipal, Sala das Sessões.

Três Lagoas, 07 de dezembro de 2018.

André Luiz Bittencourt

Presidente da CMTL." (G.n.)

Na espécie, o Prefeito vetou integralmente a norma sob o argumento de que a Câmara Municipal adentrou em matéria da competência privativa do Chefe do Poder Executivo, afrontando o princípio da harmonia e independência entre os poderes, bem assim deixou de observar a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101, de 4 de maio de 2000).

Como o veto foi rejeitado pelo Legislativo, o Prefeito ajuizou a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, cuja medida liminar foi deferida por este Colegiado, à unanimidade, para suspender a eficácia da referida Lei Municipal.

Conforme externado no relatório, além da violação ao princípio da harmonia e independência dos poderes e da ofensa à Lei de Responsabilidade Fiscal, outro argumento utilizado pelo Chefe do Poder Executivo, na inicial da presente ação, foi de que a Câmara Municipal teria apreciado o veto fora do prazo de 30 (trinta) dias, o qual deixou de ser colocado na ordem do dia da sessão imediata, o que teria afrontado os §§ 4º e 6º do art. 70 da Constituição Estadual, dispositivos reproduzidos nos §§ 4º e 6º da Lei Orgânica Municipal, que assim dispõem:

"Art. 70. Nos casos do art. 62, concluída a votação, a Assembleia Legislativa enviará o projeto ao Governador que, aquiescendo, o sancionará.

(...)

§ 4º ***O veto será apreciado em trinta dias a contar de seu recebimento****, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados, em escrutínio aberto. (Alterado pela Emenda Constitucional nº 16, de 29.11.2001 - DOMS, de 3.12.2001.)*

> *§ 5º Rejeitado o veto, será o projeto enviado, para promulgação, ao Governador.*
>
> *§ 6º Esgotado, sem deliberação, o prazo estabelecido no § 4º,* ***o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata****, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final."* (G.n.)

O douto Procurador-Geral da Justiça em Exercício, Dr. Humberto de Matos Brittes, com base em jurisprudência da Suprema Corte e deste Egrégio Tribunal de Justiça, opinou pela improcedência do pedido, assinalando que *"a matéria tributária não se inclui dentre as reservadas à iniciativa do Chefe do Poder Executivo, sequer ao argumento de eventual repercussão que possa ter no orçamento do município, bem como que o preceito da Constituição Federal contido no art. 61, § 1º, II, alínea 'b' (que trata da iniciativa privativa do Executivo),* ***não é de observância obrigatória e nem extensível por simetria ao plano constitucional estadual****, estando adstrito à órbita dos territórios federais."* (pág. 78). G.n.

Argumentou, ainda, o Chefe do *Parquet*, que também não restou comprovada, nos autos, a inconstitucionalidade por afronta ao art. 70, §§ 4º e 6º, da Constituição Estadual.

Analisando a questão detidamente, verifiquei que os precedentes jurisprudenciais do STF e desta Egrégia Corte não se amoldam à situação fática dos autos.

Com efeito, aqui não se trata simplesmente de aprovação de uma Lei Municipal, por iniciativa do Legislativo, para instalar câmeras de videomonitoramento na cidade, mas primordialmente de se conceder descontos no IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano a empresas e munícipes que instalarem o referido equipamento, sem estudo de impacto financeiro, o que afeta o orçamento público, ato equiparável à renúncia fiscal, de competência privativa do Poder Executivo, que gera reflexos diretos no planejamento das contas do município, redundando em visível desvio do poder de legislar.

O art. 160 da Constituição Estadual prescreve que é da iniciativa do Poder Executivo estabelecer o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais, não deixando margem à ingerência do Legislativo no planejamento financeiro do ente público, ainda que de forma indireta.

De outro lado, não procede o argumento do Ministério Público de que não há prova, nos autos, da inconstitucionalidade por afronta ao art. 70, §§ 4º e 6º, da Constituição Estadual.

Às págs. 32 dos autos, encontra-se o carimbo de recebimento do Ofício n. 044/GAB/2018 comunicando o veto do Executivo, expediente recepcionado pela Câmara Municipal em 10 de agosto de 2018 (pág. 32), veto esse que foi apreciado e rejeitado somente em 13 de novembro de 2018, cerca de 3 (três) meses após o recebimento do veto, portanto, de forma extemporânea, conforme se constata do Ofício da Câmara Municipal, datado de 14.11.2018 (pág. 35), o que compromete a lisura do processo legislativo.

Observe-se que este Órgão Especial teve oportunidade de apreciar questões idênticas, cujas ementas se transcrevem para aferição da matéria:

> *"EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIO-NALIDADE – LEI MUNICIPAL N. 2.181/2011 – MUNICÍPIO DE CORUMBÁ – VÍCIO NA ELABORAÇÃO DE LEIS DE INICIATIVA EXCLUSIVA DO PREFEITO – LEI QUE VERSA SOBRE* ***RENÚNCIA DE RECEITA*** *– PROCEDÊNCIA.*
>
> *A promulgação da Lei Municipal n. 2.181/11, rejeitando veto do Executivo, que dispõe sobre a* ***isenção do Imposto Predial e Territorial Urbano e das Taxas de Serviços Urbanos ao contribuinte aposentado ou pensionista,*** *afastou a prerrogativa a ser exercida exclusivamente pelo Chefe do Poder Executivo, já que, de fato, tal lei provoca perda de receita, o que contraria o disposto no art. 160, I, II e III, da Constituição Estadual."* (Arguição de Inconstitucionalidade n. 002104303.2011-8.12.0000. Rel. João Carlos Brandes Garcia. Órgão Especial. Julg. em 06/02/2013. Publ. em 14.02.2013). G.n.

"EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MUNICIPIO DE PARANAÍBA – INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL E FORMAL – LEI MUNICIPAL N. 1.535/2009 – VÍCIO FORMAL E MATERIAL – PROMULGAÇÃO PELO LEGISLATIVO – ONERAÇÃO DOS COFRES PÚBLICOS E DOS CONTRIBUINTES DA MUNICIPALIDADE – DECLARADA – EFEITOS EX TUNC.

Verificando-se que a Câmara Municipal promulgou ato normativo de competência privativa do chefe do poder executivo municipal, ***dispondo sobre matéria orçamentária que autoriza desconto de 50% do IPTU dos imóveis residenciais e comerciais desprovidos de rede de esgoto,*** *impõe-se a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 1.535/2009 tanto por conter vício formal, quanto vício substancial da matéria disciplinada."* (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2009.016889-7/0000-00. Rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay. Órgão Especial. Julg. em 03.02.2010). G.n.

De fato, uma lei que autoriza descontos no IPTU para aqueles que instalarem câmeras de videomonitoramento implica em renúncia de receita, *"que tem o condão de desequilibrar as contas públicas. Assim sendo****, mesmo que ela trate de matéria tributária de iniciativa concorrente, não pode ser aceita como válida, se criada à revelia do prefeito."*** (TJMG: Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.0000.14.016.725-5/000). G.n.

Extrai-se do Ofício n. 044/GAB/2018, datado de 9 de agosto de 2018, emitido pelo Prefeito Municipal, que comunicou à Câmara Municipal o veto integral da Lei Municipal impugnada, alguns trechos, que incorporo à fundamentação do presente voto:

"(...)

Do texto do projeto de Lei, extrai-se que a intenção do Legislador é ***conceder desconto do Imposto Predial Urbano – IPTU, às empresas e munícipes que instalarem câmeras de videomonitoramento, com o intuito de melhorar a segurança pública do nosso Município.***

Sem embargo dos louváveis propósitos que motivaram sua autoria, a medida não reúne condições de ser convertida em lei, sendo indeclinável seu ***veto total****, na medida em que a propositura em questão* ***afronta o princípio da harmonia e independência entre os Poderes, por adentrar matéria de competência privativa do Chefe do Poder Executivo,*** *o que obstaculiza o presente Projeto.*

A título de elucidação, a competência Tributária acima mencionada está disciplinada na ***Lei Orgânica Municipal de Três Lagoas,*** *mais especificamente em seu* ***art. 26, § 1º, inciso II, alínea 'e',*** *o qual versa sobre as leis de iniciativa privativa do Prefeito, in verbis:*

Art. 26. A iniciativa de Leis *Complementares e* ***Ordinárias*** *cabe a qualquer vereador ou comissão, ao Prefeito e ao cidadão, na forma e nos casos previstos nesta Lei Orgânica.*

§ 1º. ***São de iniciativa privativa do Prefeito as leis que:***

(...)

II – Disponham sobre:

(...)

e) impostos e isenção fiscal. *(Redação acrescida pela Emenda à Lei Orgânica n. 3/2006).*

Logo, oportuno destacar, que mesmo se o Poder Legislativo dispusesse de competência para propor projetos de leis que versassem sobre matérias tributárias, ***nesta eventual hipótese,*** *há de ser observado que a Lei n. 3.425, de 17 de julho de 2018, não atende ainda os requisitos estabelecidos pelo art. 14 da* ***Lei de Responsabilidade Fiscal*** *– LRF (Lei Complementar n. 1012, de 4 de maio de 2000), in verbis:*

> *Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita* ***deverá estar acompanhado de estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência*** *e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: (Vide Lei n. 10.276, de 2001)*
>
> *I –* ***demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária,*** *na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias;*
>
> *II –* ***estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado*** *no caput, por meio do aumento da receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.*
>
> *Sendo assim, imperioso destacar que o Projeto de Lei n. 3.425, de 17 de julho de 2018,* ***sequer encontra-se acompanhado da indicação das fontes de recursos necessários para a sua operacionalização, ou seja, o Projeto em questão, se aprovado, concederia descontos (isenções) sem qualquer forma de compensação, contrariando, assim, o art. 27 da Lei Orgânica Municipal de Três Lagoas.***
>
> *(...)*
>
> *Por fim, convém ainda pôr em relevo que* ***o Projeto de Lei em destaque atenderia, na prática, somente uma fatia da população com poder aquisitivo mais alto, a qual poderia instalar as câmeras de segurança de acordo com os critérios estabelecidos no Projeto.***
>
> *Vale destacar que o* ***princípio da impessoalidade*** *se traduz na ideia de isonomia, pois a Administração deve atender a todos os administrados sem discriminações, evitando possíveis favorecimentos a um grupo reservado de pessoas, de modo a se observar, justamente, a relação do princípio da impessoalidade, buscando, portanto, um tratamento igualitário, nos termos da lei.*
>
> *Não obstante,* ***inexistiria*** *ainda na prática uma forma eficaz de o Poder Executivo fiscalizar a aplicação da Lei. Afinal, como saber se o videomonitoramento ainda está em pleno funcionamento ou se precisaria de manutenção, quando da aplicação do incentivo fiscal, nos exercícios posteriores ao requerimento?*
>
> *Por fim, em virtude da clara afronta ao texto constitucional, por violação ao princípio da separação e harmonia dos poderes, e do vício material ao contrariar a Lei de Responsabilidade Fiscal, o Projeto de Lei em questão não pode ser convertido em Lei, embora nobre a pretensão do legislador, razão pela qual antevejo necessidade de opor veto total ao Projeto de Lei n. 3.425, de 17 de julho de 2018, consoante os termos do art. 29, § 1º, da Lei Orgânica Municipal. (...).”* Grifos no original.

Conforme assentado na ADI 980, Rel. Min. Menezes Direito, julgada em 10.8.2008, DJE de 10.8.2008, é inegável que *“a Lei Orgânica tem força e autoridade equivalentes a um verdadeiro estatuto constitucional, podendo ser equiparada às Constituições promulgadas pelos Estados membros, como assentado no julgamento que deferiu a medida cautelar nesta ação direta.”*

Tanto assim é que o art. 13 da Constituição Estadual do Estado de Mato Grosso do Sul assegura:

> *“Art. 13. Os Municípios são unidades territoriais, com autonomia política, administrativa e financeira, nos termos assegurados pela* ***Constituição Federal*** *por esta* ***Constituição*** *e pelas respectivas* ***Leis Orgânicas****.”* G.n.

Portanto, o ato impugnado, típico de gestão administrativa, atenta sim contra a independência e a harmonia entre os poderes, princípio básico insculpido no art. 2º da Constituição Estadual,[1] este espelhado no art. 2º da Constituição Federal, que encontra ressonância no art. 160, incisos I a III da

1 Art. 2º. São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

mesma Carta Estadual, que tratam das leis de iniciativa do Poder Executivo (plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais).

Ademais, o desconto do IPTU, sem obediência ao quanto prescrito na Lei de Responsabilidade Fiscal, como visto, gera reflexos no orçamento municipal, sujeitando o Chefe do Executivo aos rigores da mencionada norma.

Com efeito, tal concessão (desconto do IPTU), além de onerar os cofres públicos municipais, causarão dificuldades de gestão administrativa, porquanto será necessário incrementar o setor de fiscalização e de controle, impelindo à necessidade de criação de novos órgãos e contratação de funcionários para realização de tal trabalho, que gerarão novas despesas.

Por tudo que se viu, não restam dúvidas de que a legislação impugnada, seja no aspecto formal, seja no aspecto material, está em desconformidade com a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que, em simetria com a Constituição Federal, contempla princípios caros à Democracia, tais como a separação, a harmonia e a independência dos poderes.

Dispositivo

Posto isso, contrariando o parecer da Procuradoria-Geral da Justiça, confirmo a medida cautelar anteriormente deferida e julgo procedente o pedido formulado pelo Município de Três Lagoas, para o fim de declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 3.425, de 17 de julho de 2018, com efeitos ex-nunc, contados a partir da concessão da liminar, ocorrida na sessão deste Órgão Especial em 16 de outubro de 2019.

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

Sem honorários advocatícios e sem custas.

Nos termos do art. 25 da Lei n. 9.868/99, comunique-se o resultado da presente ação às autoridades responsáveis pela expedição do ato.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, contra o parecer, julgaram procedente a ação, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

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. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 3 de junho de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte
Agravo de Instrumento nº 1415272-78.2019.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E LUCROS CESSANTES – TUTELA DE URGÊNCIA PARA REFORÇO DE BLOQUEIO DE BENS E REMOÇÃO – VEÍCULOS EM NOME DO RÉU QUE SE ENCONTRAM À DISPOSIÇÃO DO JUÍZO CRIMINAL – CRIME DE ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – POSSIBILIDADE DE PERDIMENTO DOS BENS PARA UNIÃO – ARTIGO 300, DO CPC/15 – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS – EXPECTATIVA DE DIREITO – INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Na hipótese, o requisito da probabilidade de direito, previsto no art. 300, do CPC, não se verifica, pois, além de não se cogitar a incompetência do juízo cível para determinar a remoção dos bens que se encontram à disposição do juízo criminal, a agravante conserva mera expectativa de direito, principalmente, quanto aos valores unilateralmente estimados, a título de danos morais e lucros cessantes, uma vez que a propriedade dos referidos bens, em nome do agravado, encontra-se subordinada a evento futuro e incerto, a depender da absolvição, perante o juízo criminal, ou, se condenado, não venha a sofrer o perdimento, em favor da União, por se tratar de crime de associação ao tráfico ilícito de entorpecentes, decorrendo, portanto, à improcedência das razões recursais e consequente desprovimento do recurso.

A questão deve se limitar à apreciação dos requisitos da antecipação dos efeitos da tutela, sem antecipar juízo definitivo sobre o mérito da causa (Resp 813676/SP).

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, 10 de junho de 2020.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Tatiane Sobreira Wehner interpõe agravo de instrumento inconformada com a decisão (f. 84-86) proferida pelo juízo da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação indenizatória com pedido de tutela de urgência, Processo n. 0827896-11-2019.8.12.0001, movida pela agravante em relação ao agravado Rodrigo Emiliano de Oliveira, que indeferiu o pedido de tutela cautelar de urgência para proceder a reforço de bloqueio de bens e remoção dos mesmos, para o juízo de origem.

A agravante, em razões recursais (f. 1-18), aduz o equívoco da decisão, pois,

"(...) ingressou com a presente ação como consequência de ter sido vítima de furto na quantia de R$ 284.500,00 (duzentos e oitenta e quatro mil e quinhentos reais), praticado pelo Agravado, fato este ocorrido no ano de 2014, que culminou com a Ação Penal Codificada sob o n. 004312-73.2014.8.12.0001, que tramitou perante a Sexta Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, com a condenação do Agravado a 07 (sete) anos de reclusão e multa de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, pendente ainda de apreciação recursal, tudo em conformidade com as cópias acostadas a presente, f. 38-49. Transcorridos alguns anos do furto perpetrado, acompanhando noticiário policial a Agravante tomou conhecimento de que o Agravado encontrava-se (como até hoje encontra-se) preso em Brumadinho –MG pelos crimes de porte de armas, tráfico de drogas, associação criminosa e lavagem de dinheiro e, com a informação de diversos bens móveis e imóveis em nome do Agravado foram apreendidos quando de sua prisão, formulou pedido de arresto e sequestro dos bens apreendidos, restando pelo Juízo Criminal da Comarca de Brumadinho decretada a indisponibilidade dos bens do Agravado (f. 35-37). Importante frisar que a decisão acima aludida determinou a indisponibilidades de bens do Agravado para ressarcimento do valor subtraído da agravante até o limite de R$ 598.705,59 (quinhentos e noventa e oito mil setecentos e cinco reais e cinquenta e nove centavos) em consonância com a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça e, ainda, condicionou a manutenção desta medida assecuratória a comprovação de ajuizamento de ação reparatória cível perante a Comarca de Campo Grande, determinação judicial cumprida com a propositura da presente demanda. Acessando aqueles autos que tramitam no interior de Minas Gerais, a Agravante tomou ciência, igualmente, do Termo de Interrogatório do Agravado na ação penal (f. 34), onde este afirma taxativamente: que houve (i) 'uma confusão familiar entre o declarante e sua ex-esposa Tatiane Whener, quando estavam separando judicialmente e ocorreu um mal entendido com relação a partilha de bens' e, ainda, que (ii): 'investiu a totalidade do dinheiro na comercialização de veículos'. Desta narrativa tortuosa do Agravado, nota-se, nitidamente e indubitavelmente que o dinheiro utilizado para a aquisição dos bens móveis (veículos) em nome do criminoso, são oriundos dos valores furtados da Agravante no longínquo ano de 2014, ou seja, utilizou-se indevidamente de valores pertencentes a Agravante por mais de 05 (cinco) anos, efetuando compra e venda de veículos automotores e lucrando com tal prática. Importa asseverar, neste diapasão, que a Agravante jamais manteve qualquer relacionamento amoroso com o agravado – conforme narrado na petição inicial – foi ludibriada por um criminoso que por conta de sua extensa ficha criminal deveria estar segregado da convivência pública, entretanto, por falha de um Estado ineficiente e que não consegue manter criminosos atrás das grades, permaneceu solto aplicando golpes e prejudicando terceiros. (...) em que pese a sentença condenatória não ter transito em julgado, a Agravante pugnou pelo deferimento da medida cautelar visando o sequestro/arresto da indisponibilidade de bens móveis e imóveis de propriedade do agravado, apreendidos nas Ações Penais de nº 0003039-29.209.8.13.090 e nº 0002254-66.2019.8.13.0019, para assegurar os valores que foram furtados, até montante de R$598.705,59 (quinhentos e noventa e oito mil, setecentos e cinco reais e nove centavos), valor este devidamente atualizado de acordo com a sumula 54 do STJ. Resta incontroverso que há obrigação de indenizar o dano causado pelo crime praticado pelo Agravado, nos exatos termos do artigo 91, inciso I, do Código Penal, repita-se por necessário, é certo que a Agravante demonstrou que teve a quantia de R$ 284.500,00 (duzentos e oitenta e quatro mil e quinhentos reais) furtada, juntando aos autos a cópia da sentença condenatória proferida pela Sexta Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, o que demonstra inquestionavelmente uma expectativa do direito de se ver ressarcida dos prejuízos a que foi submetida. No que tange ao risco de um dano jurídico irreparável ou de dificil reparação, no curso das Ações Criminais em tramite perante a Comarca de Brumadinho nº 0003039-29.209.8.13.090 e nº 0002254-66.2019.8.13.0019 (crimes praticados posteriormente ao furto cometido nesta Capital), consiste no fato de que a sentença condenatória sendo mantida, a agravante tem o direito de ser indenizada, pois terá em mãos um título executivo judicial, existe o risco de não ter o ressarcimento do dano em razão da inexistência de bens em nome do Agravado quando resultar o transito em julgado da ação penal condenatória. E, ainda, o perigo do dano resulta no fato de que os veículos apreendidos encontrarem-se em pátio de órgão público, exposto a todas as intempéries climáticas (sol, chuva, orvalho, etc), o que resultará, sem sobra de dúvidas na deterioração com o passar do tempo, e até que se obtenha o resultado final do processo, posto como é de notório conhecimento, nosso Poder Judiciário está abarrotado de processos, o que irá de fato

dificultar ou até mesmo impedir a reparação dos danos causados. Fo pleiteada, na exordial, que a Agravante ficasse incumbida como fiel depositária, para que a Justiça lhe confie os bens, assumindo o ônus da guarda dos bens sob pena de não o fazendo, responder por perdas e danos, em conformidade com o artigo 640 do Código Civil Brasileiro. (...) no caso em tela, a lesão ao patrimônio da agravante atualmente já ultrapassa a importância de R$ 870.000,00 (oitocentos e setenta mil reais), no que se refere ao valor subtraído, atualizado com juros de mora. A reparação de lucros cessantes se refere aos danos materiais efetivos sofridos por alguém, em função de culpa, omissão, negligência, dolo, imperícia de outrem. (...). Desta forma, a Agravante busca a tutela jurisdicional para reparação dos danos materiais sofridos e o ressarcimento dos lucros cessantes, sendo imperioso asseverar que o valor furtado seria destinado a compra de apartamento avaliado hoje em R$ 550.000,00 (quinhentos e cinquenta mil reais), ou seja, uma perda de direito de aproximadamente R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), o que não se pode olvidar que é o valor que a Agravante deixou efetivamente de lucrar por conta do crime perpetrado (...). Importante destacar, ainda, que o valor despendido com deslocamentos necessários para a cidade de Brumadinho–MG, perfazem R$ 3.275,00 (três mil duzentos e setenta e cinco reais), estando devidamente comprovados nos autos com nota fiscais, assim, o valor de indenização por danos materiais e lucros cessantes é de, no mínimo, R$ 873.500,00 (oitocentos e setenta e três mil e quinhentos reais). Quanto aos danos morais que deverão ser reconhecidos na sentença desta ação, o que se busca é um equilíbrio entre o dano causado, refletido na dor emocional ou por eventuais traumas, e as condições do agente causador, sabendo-se que é de livre convicção do MM. Juízo seu arbitramento, foi sugestionada a condenação do Agravado em R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), para inibi-lo a agir criminosamente novamente e para que a Agravante seja indenizada por estes longos 05 (cinco) anos de espera para ver a reparação de todo o sofrimento, angústia, tristeza e desespero que lhe acompanham desde o evento delituoso. (...) desta forma, é necessário o sequestro/arresto dos bens móveis e imóveis do agravado no valor total pedido pleiteado pela agravante, ou seja, R$ 1.117.480,59 (um milhão cento e dezessete mil quatrocentos e oitenta reais e cinquenta e nove centavos), vez que os bens totais do agravado estão avaliados em R$ 2.000.000.00 (dois milhões de reais). (...) não se pode olvidar que a espera para que ocorra o transito em julgado na ação criminal do furto poderá levar anos a fio, posto que passados mais de 05 (cinco) anos do crime praticado, o processo criminal ainda se encontrar em primeira instância, aguardando a juntada das razões de apelação do criminoso. Em outras palavras, toda esta demora só beneficia àquele que causou o dano, furtou e fugiu para viver vida confortável em estado vizinho até ser preso por seguir novamente em atividade ilícita e criminosa."

Por esses motivos, pugna pelo provimento do agravo para, reformando a decisão agravada, seja concedido o bloqueio de bens, em nome do agravado, até o valor de R$ 1.117.480,59, ou no montante já declarado com a indisponibilidade no Juízo Criminal de Brumadinho-MG, no importe certo de R$ 598.705,59, e que sejam removidos para a comarca do juízo recorrido, nomeando-se a agravante, fiel depositária.

O recurso foi recebido (f. 91).

O agravado, regularmente intimado no local em que se encontra preso (f. 129-30), aduziu ter advogado particular, mas não apresentou contrarrazões, no prazo legal (f. 133).

VOTO

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

Trata-se de recurso de agravo em que a agravante pugna pelo seu provimento para, reformando a decisão recorrida, seja concedido, em seu favor, medida acutelatória, com o bloqueio de bens, em nome do agravado, e conseqüente remoção, da Comarca de Brumadinho (MG), para o juízo recorrido, nomeando-se, a agravante, fiel depositária dos referidos bens, tudo isso, como forma de se garantir futura indenização, caso sejam julgados procedentes os pedidos indenizatórios, por ela deduzidos, nos autos de origem.

A decisão recorrida foi proferida nos seguintes termos (f. 84-5):

"(...) trata-se de ação de reparação de danos morais, materiais, lucros cessantes com pedido de tutela de urgência c.c obrigação de fazer que Tatiane Sobreira Wehner move em face de Rodrigo Emiliano de Oliveira, alegando, em síntese, que o requerido lhe subtraiu a quantia de R$ 284.200,00, sendo que em contato com a requerente disse que já estava longe com o dinheiro, ocasião em que a ameaçou caso procurasse a polícia; que esse dinheiro era resultante de uma demanda que durou quinze anos, instaurada em razão de um acidente que quase custou a sua vida, mas que lhe rendeu diversas cirurgias, faltando ainda outras vinte e cinco para reconstrução da face; ressaltou que o dinheiro seria aplicado na compra de um apartamento que deixaria no nome do seu filho, reservando para si apenas o usufruto e que por isso não pôde lucrar com a valorização imobiliária já que deixou de comprar um imóvel atualmente avaliado em R$ 550.000,00; que, quando soube da prisão do requerido, de imediato formulou pedido de arresto e sequestro, quando então o Juízo da Vara Criminal de Brumadinho decretou a indisponibilidade dos bens do requerido; destacou ainda que, além do prejuízo informado e do dano moral lhe causado, teve um gasto de R$ 3.275,00, com deslocamentos. Requereu, portanto, tutela de urgência para arrestar e sequestrar os veículos apreendidos e imóveis de propriedade do requerido até o montante de R$ 1.129.786,30. Juntou documentos às f. 24-49.

É o relatório. Decido.

Com efeito, não há razão para conceder a tutela almejada.

Em primeiro lugar, os prejuízos que alegou ter suportado com a conduta do requerido já se encontram acautelados com a decisão do Juízo Criminal da Vara de Brumadinho/MG. Basta ver que decretou na ocasião a indisponibilidade dos bens móveis e imóveis apreendidos, de propriedade do requerido, exatamente para garantir eventuais direitos da parte requerente deduzidos nesta ação (f. 35-37). Portanto, não se observa a utilidade nas providências cautelares ora pretendidas, pois redundaria num excesso de cautela.

Além disso, se acaso decretada qualquer medida nesta demanda da maneira como pretende a requerente, ou seja, o arresto e sequestro dos bens apreendidos nos autos da ação penal, de propriedade do requerido, por óbvio, a medida conflitará com outras tomadas ou que venham a ser tomadas na ação penal, cuja justificativa esteja respaldada na necessidade de salvaguardar o interesse público, caso em que certamente essa medida terá prioridade e precedência em face do direito invocado pela requerente na sua inicial.

Tanto é verdade que o Juízo de Brumadinho, na parte dispositiva, fez questão de ressaltar que a indisponibilidade só foi decretada para preservar o direito da requerente na hipótese em que o requerido for absolvido ou, se condenado, não for decretado o perdimento dos seus bens apreendidos.

Nesse sentido, convém conferir trecho da decisão:

Pelo exposto, considerando que se mostra indispensável a medida cautelar requerida e ora analisada, para garantia do eventual ressarcimento dos prejuízos sofridos pela vítima, determino a indisponibilidade dos bens móveis e imóveis apreendidos nos Autos de nº 0003039-29.2019.8.13.0090 e nº 0002254-66.2019.8.13.0090, em nome do requerido Rodrigo Emiliano de Oliveira, até o importe estimado de R$598.705,59 (quinhentos e noventa e oito mil, setecentos e cinco reais e cinquenta e nove centavos), valor este atualizado de acordo com a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, considerando-se o valor furtado de R$284.500,00 (duzentos e oitenta e quatro mil e quinhentos reais), para assegurar à requerente Tatiane Sobreira Wehner o ressarcimento do valor que lhe foi subtraído, para a hipótese de, por ocasião da prolação de sentença nesta Comarca de Brumadinho, ser determinada a restituição dos bens ao réu (por exemplo, em caso de sua absolvição ou, mesmo condenado, caso não se decrete a perda dos bens por não haver nos autos prova de que eram produto dos crimes praticados) e, também, para o caso de ser mantida a sentença condenatória proferida nos Autos de nº 0043212-73.2014.8.12.0001, em desfavor de Rodrigo Emiliano de Oliveira, na Comarca de Campo Grande/MS.

Por isso, qualquer medida de arresto e sequestro de bens que for determinada nesta ação poderá, por exemplo, frustrar e prejudicar o interesse primário e prioritário de a União ver incorporados no seu patrimônio os referidos bens, se comprovados ao longo da ação penal que foram produtos do crime ou utilizados para sua prática.

I. Diante do exposto e por tudo mais que dos autos consta, indefiro por ora o requerimento de tutela de urgência."

Como se vê, a decisão recorrida entendeu não conceder a medida acautelatória propugnada pela agravante, por entender que, referida providência, já foi concedida, em seu favor, perante o juízo criminal, da Comarca de Brumadinho/MG, não havendo, por isso, utilidade prática e jurídica, a medida cautelar de remoção dos bens, ora pugnada.

Pesem as ponderações da agravante, notadamente, no sentido de que já possui título executivo judicial (sentença criminal, em primeira instância, ainda submetida a recurso), e bens, em nome do agravado, em quantia suficiente para garantir futura e eventual execução, traduzindo risco de perecimento, caso não seja concedida a remoção dos referidos bens, para a comarca do juízo de origem, na verdade, a meu ver, a decisão recorrida deve ser mantida, por diversos motivos, os quais passo a expor.

Inicialmente, deixando-se de cogitar eventual incompetência do juízo de origem para analisar o pedido de remoção dos bens, uma vez que eles se encontram à disposição daquele juízo criminal, ainda assim, a agravante se queda carente do interesse de agir, pela utilidade da prestação jurisdicional cautelar, ora pleiteada, justamente, por já ter sido concedida referida providência, no referido juízo criminal, como bem, delineou a decisão recorrida, ao transcrever trecho da medida cautelar, já concedida, em favor da agravante, a saber (f. 36, dos autos de origem):

"(...) considerando que se mostra indispensável a medida cautelar requerida e ora analisada, para garantia do eventual ressarcimento dos prejuízos sofridos pela vítima, determino a indisponibilidade dos bens móveis e imóveis apreendidos nos Autos de nº 0003039-29.2019.8.13.0090 e nº 0002254-66.2019.8.13.0090, em nome do requerido Rodrigo Emiliano de Oliveira, até o importe estimado de R$598.705,59 (quinhentos e noventa e oito mil, setecentos e cinco reais e cinquenta e nove centavos), valor este atualizado de acordo com a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça, considerando-se o valor furtado de R$284.500,00 (duzentos e oitenta e quatro mil e quinhentos reais), para assegurar à requerente Tatiane Sobreira Wehner o ressarcimento do valor que lhe foi subtraído, para a hipótese de, por ocasião da prolação de sentença nesta Comarca de Brumadinho, ser determinada a restituição dos bens ao réu (por exemplo, em caso de sua absolvição ou, mesmo condenado, caso não se decrete a perda dos bens por não haver nos autos prova de que eram produto dos crimes praticados) e, também, para o caso de ser mantida a sentença condenatória proferida nos Autos de nº 0043212-73.2014.8.12.0001, em desfavor de Rodrigo Emiliano de Oliveira, na Comarca de Campo Grande/MS."

Assim, como demonstrado, além de já se encontrarem acautelados os bens do agravado, como forma de se garantir eventual indenização, em favor da agravante, ela não apresentou o mínimo de prova no sentido de que o valor furtado foi utilizado para a aquisição dos referidos bens, incumbindo à ela, outrossim, pleitear, no referido processo criminal, a restituição de coisas apreendidas e o reforço de bloqueio, em valores a maior, caso entenda insuficientes aquela já alcançada, como também, as medidas e providências necessárias, que entende devidas, para a conservação e manutenção dos referidos bens, mas, sempre, perante o referido juízo criminal.

Com efeito, a agravante detém "expectativa de direito", mas distante, no entanto, da "probabilidade de direito", uma vez que, por primeiro, a sentença criminal que aduz ser título executivo judicial, esta submetida a confirmação em razão de recurso do agravado (f. 8), e depois, não há título executivo quanto aos valores pleiteados a título de lucros cessantes e danos morais, os quais foram unilateralmente estimados pela agravante, em sua petição inicial, pendentes, ainda, do crivo do contraditório, e, por fim, o fato de os bens bloqueados, em nome do agravado, além de ser vedada a restituição, por se encontrarem à disposição do juízo criminal, nos termos do art. 118, do CPP[1], apresentam-se subordinados a evento futuro e incerto, a saber, a sua absolvição perante o juízo criminal, ou, se condenado, não tenha sido decretado o perdimento em favor da União, por se tratar de produto de crime de tráfico ilícito de entorpecentes (f. 30).

1 Art. 118. Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo.

Assim, a agravante não preenche os requisitos do art. 300, do CPC/15, a saber, a probabilidade do direito, porquanto detém mera expectativa de direito, como demonstrado acima: *"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."*

Como se vê, a agravante, além de não se cogitar a incompetência do juízo de origem para determinar a remoção dos bens que se encontram à disposição do juízo criminal, e não possuir interesse jurídico ou utilidade prática em seu desiderato, por se encontrarem referidos bens, até a importância que lhe foi furtada, já constritados, em seu favor, conforme precitada decisão do juízo criminal, da Comarca de Brumadinho(MG), ainda assim, ela não preenche os requisitos da probabilidade do direito, para o bloqueio de bens, quanto aos valores unilateralmente estimados, a título de danos morais e lucros cessantes, decorrendo, portanto, à improcedência das razões recursais e conseqüente desprovimento do recurso.

Finalmente, a decisão recorrida não acarreta qualquer efeito com relação ao direito material da agravante, cujo objeto de análise nesta senda é tão-somente a observância dos requisitos necessários à concessão da pretensão recursal por ela pleiteada, sem deduzir, portanto, qualquer declaração ou violação a direito.

A propósito:

> *"PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – (...) AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA DECISÃO QUE CONCEDE TUTELA ANTECIPADA – REQUISITOS – ART. 273 DO CPC. (...)*
>
> *Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que concedeu a antecipação de tutela (...) a questão deve se limitar à apreciação dos requisitos do art. 273 do CPC, sem antecipar juízo definitivo sobre o mérito da causa (...)."* (STJ - REsp: 813676/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 07/10/08, p. DJe 05/11/08).
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE COMERCIAL – TUTELA DE URGÊNCIA – INDISPONIBILIDADE DE BENS – APLICAÇÃO DO ART. 300, CPC – PROBABILIDADE DO DIREITO – PERIGO DA DEMORA – FUMAÇA DO BOM DIREITO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS – APURAÇÃO DE HAVERES – MERA EXPECTATIVA DE SALDO CREDOR – MANUTENÇÃO DA DECISÃO – À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO."* (TJRS. Agravo de Instrumento n. 70077661544. 6ª Câmara Cível. Des. Luís Augusto Coelho Braga. J. 17/12/18. DJ. 17/12/18).

Em razão do exposto, nego provimento ao presente recurso.

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. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

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

Campo Grande, 10 de junho de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran
Agravo de Instrumento nº 1416180-38.2019.8.12.0000 – Corumbá

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA – LEI MARIA DA PENHA – DECISÃO QUE DEFERE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA – SANÇÕES CÍVEIS – COMPETÊNCIA DA CÂMARA CÍVEL – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – NÃO VERIFICADA – PRELIMINARES REJEITADAS – MEDIDAS DE CUNHO CAUTELAR – PRESENÇA DO *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* – AFASTAMENTO DO LAR CONJUGAL E PROIBIÇÃO DE APROXIMAÇÃO DA OFENDIDA, DE SEUS FAMILIARES E DE TESTEMUNHAS – RECURSO DESPROVIDO.

A jurisprudência tem entendido que as medidas protetivas elencadas no artigo 22, da Lei nº 11.340/06, são sanções de natureza cível, em especial, aquelas relativas à determinação de afastamento do ofensor do lar e de proibição de aproximação da ofendida e seus familiares, motivo pelo qual determina a aplicação subsidiária do CPC.

Sendo que natureza cautelar as medidas protetivas de urgência estabelecidas na Lei nº 11.340/06, para sua aplicação é necessário a demonstração do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Constatada a violência sofrida pela vítima e o perigo de possíveis e novas agressões, impõe-se o deferimento das medidas protetivas previstas no artigo 22, incisos II e III, da Lei nº 11.343/06, isto para o fim de determinar o afastamento do ofensor do lar conjugal, bem como para proibi-lo de se aproximar da ofendida, de seus familiares, bem como de testemunhas.

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, 30 de abril de 2020.

Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

F. V. M. agrava da decisão proferida nos autos da ação de medidas protetivas de urgência ajuizada por E. V. M., que determinou o afastamento do ora agravante do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida e proibiu a aproximação e o contato deste com a ofendida, seus familiares e testemunhas.

Assevera, em síntese, não serem verdadeiros os fatos narrados por E. V. M., sobretudo no que diz respeito ao suposto cárcere privado.

Defende que a agravada possui duas linhas e dois aparelhos celulares, tem acesso à *internet*, possui página no *facebook* e, caso estivesse sendo mantida em cárcere privado, bastava ligar ou mandar mensagem para outro filho, netos, ou até mesmo para a polícia, já que sabe usar todos os aplicativos de um celular.

Disse ser proprietário do imóvel em que reside a sua genitora, que o bem está à venda desde 2017 e que as partes já tinham combinado que todos (a agravada, juntamente com o agravante e sua esposa) mudariam para outro local, sendo, portanto, inverídica a afirmação da ofendida de que sua residência foi colocada à venda sem o seu conhecimento e após viagem realizada para tratamento médico.

Requer a concessão de tutela de urgência recursal para que a agravada volte a morar com o seu outro filho, eis que o imóvel que alega ser sua residência pertence ao agravante, conforme matrícula imobiliária.

Ao final, pede atribuição do efeito suspensivo e o provimento de seu agravo a fim de ser reformada a decisão agravada.

O recurso foi recebido no efeito devolutivo (f. 136-137).

Na contraminuta ofertada às f. 140-158, a agravada arguiu preliminar de incompetência da Câmara Cível, de supressão de instância e, quanto ao mérito, pelo desprovimento do recurso.

O agravante manifestou-se acerca das preliminares arguidas pela agravada (f. 167-185).

A Procuradoria-Geral de Justiça ofertou parecer às f. 217-225, opinando pelo desprovimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

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

Trata-se de pedido formulado por E. V. M., em desfavor de F. V. M., partes qualificadas, solicitando a concessão das medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/06.

F. V. M. agrava da decisão proferida nos autos da ação de medidas protetivas de urgência ajuizada por E. V. M., que determinou o afastamento do ora agravante do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida e proibiu a aproximação e o contato deste com a ofendida, seus familiares e testemunhas.

Preliminar de incompetência da Câmara Cível

O art. 14 da Lei n. 11.340/2006 preceitua a competência híbrida (criminal e civil) da Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, para o julgamento e execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher.

A jurisprudência tem entendido que as medidas protetivas elencadas no artigo 22, da lei em referência, são sanções de natureza cível, em especial, aquelas relativas à determinação de afastamento do ofensor do lar e de proibição de aproximação da ofendida e seus familiares, motivo pelo qual determina a aplicação subsidiária do CPC.

No presente caso, a medida protetiva imposta ao agravante (afastamento do lar) é diversa da prisão afastamento do lar, ou seja, possui natureza cível.

Em sendo assim, deve ser combatida mediante a interposição de agravo de instrumento, e apreciada pela Câmara Cível para qual foi distribuído.

Neste sentido:

> *"RECURSO ESPECIAL – PEDIDO DE SUPRIMENTO JUDICIAL DE AUTORIZAÇÃO PATERNA PARA QUE A MÃE POSSA RETORNAR AO SEU PAÍS DE ORIGEM (BOLÍVIA) COM O SEU FILHO, REALIZADO NO BOJO DE MEDIDA PROTETIVA PREVISTA NA LEI N. 11.340/2006 (LEI MARIA DA PENHA) –* **1. COMPETÊNCIA**

> **HÍBRIDA E CUMULATIVA (CRIMINAL E CIVIL) DO JUIZADO ESPECIALIZADO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – AÇÃO CIVIL ADVINDA DO CONSTRANGIMENTO FÍSICO E MORAL SUPORTADO PELA MULHER NO ÂMBITO FAMILIAR E DOMÉSTICO** – *2. DISCUSSÃO QUANTO AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA – CAUSA DE PEDIR FUNDADA, NO CASO, DIRETAMENTE, NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA SOFRIDA PELA GENITORA – COMPETÊNCIA DO JUIZADO ESPECIALIZADO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.* **1. O art. 14 da Lei n. 11.340/2006 preconiza a competência cumulativa (criminal e civil) da Vara Especializada da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para o julgamento e execução das causas advindas do constrangimento físico ou moral suportado pela mulher no âmbito doméstico e familiar**. *1.1 A amplitude da competência conferida pela Lei n. 11.340/2006 à Vara Especializada tem por propósito justamente permitir ao mesmo magistrado o conhecimento da situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, permitindo-lhe bem sopesar as repercussões jurídicas nas diversas ações civis e criminais advindas direta e indiretamente desse fato. Providência que a um só tempo facilita o acesso da mulher, vítima de violência familiar e doméstica, ao Poder Judiciário, e confere-lhe real proteção (...).”* (REsp 1550166/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 21/11/2017, DJe 18/12/2017). (G.n.)

Assim, rejeito a preliminar de incompetência.

Preliminar de supressão de instância

Ainda em sede de preliminar, a agravada pugna pelo não conhecimento do recurso, ante a supressão de instância, pois as alegações ora trazidas pelo agravante não foram apreciadas pelo juiz *a quo*.

Novamente sem razão a agravada, pois se constata nos autos principais que as alegações aduzidas no agravo já foram apreciadas pelo juízo singular, em razão do pedido de reconsideração (f. 13-15 dos autos principais).

Logo, não há falar em supressão de instância.

Mérito

Com efeito, extrai-se do artigo 1ª, da Lei Maria da Penha, que esta foi criada com vistas a coibir e prevenir a violência doméstica e familiar praticada contra a mulher.

Essa legislação, com vistas a garantir a integridade física ou psíquica da vítima em tais situações de violência, estabelece providências judiciais, dentre as quais estão as medidas protetivas de urgência, que são de natureza cautelar, possuindo, portanto, caráter satisfativo.

Em assim sendo, para a aplicação das medidas protetivas de urgência em prol da vítima, necessário se faz o aferimento da presença do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, visto que a exigência de mais provas ou esclarecimentos poderia resultar em consequências mais graves, expondo a vítima a novos sofrimentos desnecessários, desvirtuando o fim a que se destina a lei.

No caso dos autos, o primeiro desses requisitos (*fumus boni iuris*) revela-se a partir do boletim de ocorrência (f. 3-4 dos autos principais) e termo de declaração de f. 13, os noticiam que a vítima informou que estava em cárcere privado fazia dois meses.

Inobstante as alegações do agravante, deve prevalecer a palavra da ofendida, pois as violências domésticas e familiares comumente ocorrem no âmbito do lar, longe da presença de testemunhas.

Com relação ao *periculum in mora*, este se mostra exatamente na necessidade de proteger a vítima de eventuais e possíveis ameaças e agressões do ofensor.

Convém salientar que nesta fase não se investiga os pormenores do conflito, uma vez que o fim almejado pela Lei Maria da Penha é o de, imediatamente, colocar um ponto final na violência, a fim de preservar a saúde física e moral da mulher, nos termos do artigo 2º.

Destarte, uma vez constatada violência sofrida pela vítima e o perigo de possíveis e novas agressões, prudente é que, em face do agravante, sejam aplicadas as medidas protetivas de urgência reclamadas pela agravada, nos termos em que dispõe o artigo 22, incisos II, III, da lei em estudo, *in verbis*:

> *"Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:*
>
> *I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 ;*
>
> *II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;*
>
> *III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:*
>
> *a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;*
>
> *b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;*
>
> *c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;*
>
> *IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;*
>
> *V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.*
>
> *VI – comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e (Incluído pela Lei nº 13.984, de 2020)*
>
> *VII – acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio."*

Neste sentido:

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – MEDIDA PROTETIVA DE AFASTAMENTO DO LAR – SANÇÃO DE NATUREZA CÍVEL – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA VARA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ALEGAÇÃO DE NÃO COABITAÇÃO COM A VÍTIMA – REJEITADA – LEI N. 11.340/06 EXPRESSA NO SENTIDO DE DISPENSAR O REQUISITO DA COABITAÇÃO – MÉRITO RECURSAL – AMEAÇAS RELATADAS EM BOLETIM DE OCORRÊNCIA – IMPORTÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA – NECESSIDADE DE IMPEDIR NOVAS AMEAÇAS E ATÉ MESMO AGRESSÕES – MEDICA CAUTELAR DE AFASTAMENTO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Se a medida cautelar aplicada no âmbito da violência doméstica é diversa da prisão, pode-se concluir que ela possui natureza cível, cuja decisão que a aplica desafia agravo de instrumento. O art. 5º, III, da Lei n.º 11.340/2006, é expresso ao destacar que configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Desse modo, deve ser reconhecida a competência do Juízo da Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. Se constatado que a medida cautelar de afastamento poderá trazer equilíbrio às partes, a evitar contendas maiores, capazes de gerar outras ameaças e até mesmo futuras agressões, mormente diante dos relatos*

da vítima, que assumem distinta importância em situações dessa espécie, deve ser mantida a decisão de primeira instância que a fixou. Recurso conhecido e desprovido." (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1405682-53.2014.8.12.0000, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 10/07/2014, p: 12/07/2014)

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MEDIDA PROTETIVA – IMPOSIÇÃO DE USO RESTRITO DE ARMA DE FOGO AO AGRESSOR – POLICIAL MILITAR – AUSÊNCIA DE MOTIVOS SUFICIENTES A AMPARAR A PRETENSÃO DE REVOGAÇÃO DE MEDIDA – DECISÃO AGRAVADA MANTIDO – RECURSO NÃO PROVIDO E DE ACORDO COM O PARECER. Nos termos do artigo 22, I, da Lei 11.340/06, é possível a aplicação de medida protetiva relativo ao uso restrito de porte de arma de fogo do agressor. Se o Agravante não logra em demonstrar o desacerto da decisão agravada, a sua manutenção é medida que se impõe." (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1404008-69.2016.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, j: 27/11/2017, p: 30/11/2017)

Dados esses firmes fundamentos, é imperiosa a manutenção da decisão singular que deferiu as medidas protetivas de afastamento do ora agravante do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida e proibiu a aproximação e o contato deste com a ofendida, seus familiares e testemunhas.

Isto posto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

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. 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, 30 de abril de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran
Apelação Cível nº 0802267-09.2018.8.12.0021 – Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DIVULGAÇÃO DE PANFLETO – DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO – AUSÊNCIA DE CONTEÚDO OFENSIVO – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – HONORÁRIOS – RAZOABILIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

Embora o conteúdo divulgado no panfleto seja pouco amistoso, não ultrapassou os limites do direito à livre manifestação do pensamento e do direito à informação e, por se tratar a parte apelante de pessoa pública, está mais exposta aos comentários sobre sua atuação na política, sujeito a críticas por parte de eleitores insatisfeitos com seu trabalho, mormente no caso relatado em que não houve abertura de processo licitatório para contratação do serviço de coleta de lixo em contrato cujo valor é expressivo.

Não há razão para minoração do percentual fixado à título de honorários quando se atentou aos parâmetros indicados nos incisos I a IV do § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil, quais sejam, grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

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, 10 de junho de 2020.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Ângelo Chaves Guerreiro apela da sentença que julgou improcedentes os pedidos deduzidos na inicial da ação inibitória c/c reparação de danos morais ajuizada em desfavor de ONG Gestores Sociais de Três Lagoas.

Sustenta, em síntese, que as informações anunciadas no panfleto distribuído pela parte apelada não podem ser consideradas mero dissabor uma vez que veiculam notícia com *"extrema crueldade e de cunho difamatório contra o autor f. 339."*

Assevera que as ofensas lhe foram dirigidas enquanto prefeito, sendo certo que a pessoa que atua na função pública pode ser alvo de críticas, entretanto *"não podem extrapolar o limite do bom senso, respeito, vida privada, honra e imagem. Ser político não da azo para ser difamado e ridicularizado publicamente perante uma cidade inteira f. 339."*

Esclarece que a contratação do serviço de lixo foi feita de modo emergencial - Contrato Administrativo 176/2017 - com o objetivo de manter um serviço público essencial para a população da Cidade de Três Lagoas, não havendo qualquer ilegalidade ou ilícito no procedimento.

Acrescenta que as ofensas lhe geraram abalo indenizável, motivo pelo qual requer a reparação dos danos morais sofridos em quantia não inferior a R$ 50.000,00.

Ao final, requer o provimento do recurso para que os pedidos iniciais sejam julgados procedentes e, alternativamente, reduzida a verba fixada a título de honorários advocatícios de 15% para 10% do valor da causa.

Sem resposta (certidão de f. 354).

VOTO

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

Inicialmente, destaco que a questão posta nos presentes autos traz à baila o conflito entre o direito constitucional de manifestação do pensamento e do direito à informação livre de censura ou licença, previstos nos art. 5º, IV, IX, XIV e art. 220, da Constituição Federal, em face dos princípios dignidade da pessoa humana, direito à imagem, honra, personalidade.

É sabido que Constituição Federal, no seu art. 5º, incisos IV, IX, XIV, garante os direitos fundamentais: à livre manifestação do pensamento (IV), à livre expressão da atividade intelectual e comunicação independentemente de censura ou licença (IX), e de acesso à informação (XIV). Desta forma, a princípio, o apelante estaria livre para manifestar as críticas, bem-educadas ou não, de forma que eventuais danos sofridos pelo ofendido podem ser objeto de ação própria (ressarcimento, ou pedido de direito de resposta, previsto na Lei 5.250/67).

Com efeito, em razão do princípio da unidade da Constituição, ambos os interesses, embora aparentemente contraditórios, devem ser interpretados e concretizados de modo a permitir sua convivência harmônica em um mesmo espaço, sem que nenhum deles reste totalmente suprimido em razão do exercício do outro direito. A tarefa posta nos autos de harmonização de tais interesses é complexa, e depende da análise das circunstâncias do caso concreto.

Em outras palavras, como dito, nenhum direito fundamental elencado na Constituição Federal é absoluto, de modo que existindo conflitos entre esses direitos há que se observar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ponderando-se os interesses em litígio.

Em apreciação aprofundada da questão, entendo que o panfleto divulgado não possui conteúdo ofensivo, senão vejamos:

> *"Dinheiro do cidadão no lixo*
>
> *Você sabia que a Prefeitura de Três lagoas está desperdiçando mais de R$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais) por ano com os serviços de coleta de lixo?*
>
> *No Brasil existem centenas de empresas no ramo de coleta de lixo, mas nenhuma delas pode apresentar seu preço em Três Lagoas porque o Prefeito Ângelo Guerreiro não faz a licitação!*
>
> *Estamos há quase 3 anos sem licitação do lixo!*
>
> *Três Lagoas tem asfalto de qualidade? – NÃO!*
>
> *Três Lagoas tem saúde de qualidade? – NÃO!*
>
> *Três Lagoas tem segurança de qualidade? – NÃO!*
>
> *Três Lagoas tem dinheiro no lixo? – SIM!*

Onde estão os vereadores de Três Lagoas que não fiscalizam esse contrato? Se você é contra o desperdício de dinheiro, cole este adesivo no seu carro e exija a realização de uma honesta licitação do lixo da cidade!

Parceria Público-Privada 822 milhões de reais no lixo."

Nota-se que a parte apelada se manifestou contra a ausência de licitação para contratação dos serviços de coleta de lixo e cobra dos vereadores que seja fiscalizado o contrato.

Como ponderado pelo magistrado condutor do processo, embora o conteúdo seja pouco amistoso, não ultrapassou os limites do direito à livre manifestação do pensamento e do direito à informação e, por se tratar a parte apelante de pessoa pública, está mais exposta aos comentários sobre sua atuação na política, sujeito a críticas por parte de eleitores insatisfeitos com seu trabalho, mormente no caso relatado em que não houve abertura de processo licitatório para contratação do serviço de coleta de lixo em contrato cujo valor é expressivo.

Sobre o dano moral preleciona Sergio Cavalieri Filho:

> *"(...) 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 amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo (...)."* (*in* Programa de responsabilidade civil. 5. ed. 2ª tiragem. p. 98)

Nota-se que a indenização aqui seria mais uma punição do que uma compensação pela dor moral, desvirtuando a natureza da indenização, que passa a ser uma outra fonte de enriquecimento para as vítimas.

Destarte, observa-se que a situação descrita na inicial e comprovada nos autos, não agrediu a honra, a imagem, a integridade física ou qualquer outro direito da personalidade da parte apelante, tratando-se apenas de um mero dissabor, não há se falar em reparação de danos morais.

Quanto aos honorários não há razão para diminuição do percentual fixado quando se atentou aos parâmetros indicados nos incisos I a IV do § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil, quais sejam, grau de zelo do profissional, lugar da prestação do serviço, natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Posto isso, nego provimento ao recurso. Majoro os honorários em fase recursal para 18% do valor da causa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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 junho de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran
Apelação Cível nº 0818099-45.2018.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO INDENIZATÓRIA – TRANSPORTE AÉREO – EXTRAVIO DE BAGAGEM – VÔO INTERNACIONAL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – VALOR MANTIDO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA – DIREITOS ESPECIAIS DE SAQUE – INDENIZAÇÃO LIMITADA A 1.000 DES – JUROS DE MORA – RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL – TERMO INICIAL – EVENTO DANOSO – SÚMULA Nº 54/STJ – CORREÇÃO MONETÁRIA – DATA DO ARBITRAMENTO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.

A empresa aérea responde pela indenização de danos materiais e morais experimentados objetivamente pelos passageiros decorrentes do extravio de sua bagagem.

Não existem critérios fixos para a quantificação do dano moral, devendo o órgão julgador ater-se às peculiaridades de cada caso concreto, de modo que a reparação seja estabelecida em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento sem causa.

Assim, não há necessidade de alterar o *quantum* indenizatório fixado no caso concreto, em face da razoável quantia, arbitrada em R$ 12.000,00 (dez mil reais).

Aplica-se a Convenção de Montreal ou Varsóvia no que tange os danos materiais pleiteados em razão do extravio de bagagem em viagem internacional, conforme entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal. Quando não há comprovação do conteúdo da bagagem extraviada, a Convenção de Montreal estabelece o valor correspondente a 1.000 DES (Direitos Especiais de Saque) por mala extraviada.

Consoante entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, os juros moratórios legais fluem a partir do evento danoso, nos casos de indenização por dano moral puro decorrente de ato ilícito (Súmula 54 do STJ). Já a correção monetária é contada a partir da data do arbitramento da indenização (Súmula 362 do STJ).

Os honorários advocatícios fixados dentro dos parâmetros do art. 85, § 2.º, do CPC.

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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 17 de junho de 2020.

Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Azul Linhas Aéreas Brasileiras S.A. apela da sentença que julgou parcialmente procedente a ação indenizatória promovida por Flávia Rodrigues Gonzales, para condenar a requerida ao pagamento de indenização por danos materiais no valor equivalente a 1.000 DES (Direitos Especiais de Saque), segundo o maior valor apurado da moeda na data da publicação da sentença, acrescido de juros legais em 1% ao mês a partir da data da citação e atualizado pelo índice IGP-M/FGV desde a data do efetivo prejuízo, e R$ 12.000,00 (doze mil reais) a título de danos morais, acrescido de juros legais em 1% ao mês a partir da data do evento danoso e atualizado pelo índice IGP-M/FGV desde a data do arbitramento.

Argumenta que adotou todos os procedimentos para efetuar a devolução dos pertences, ocasião em que contatou a Apelada a fim de proceder com a indenização que determina a lei, encontrando uma resistência por parte dela, o que impossibilitou a conclusão do trâmite extrajudicialmente.

Afirma que agiu em todos os momentos com absoluta boa-fé e transparência nas relações para com seus clientes, razão pela qual não há o que se falar em indenização, tal como concedido em sentença.

Salienta que não se mostra necessária a indenização por danos morais, tendo em vista que os fatos relatados nesta demanda não causaram à parte qualquer dano aos seus direitos personalíssimos, tratando-se apenas de meros dissabores.

Defende que a condenação imposta está em total desconformidade com o ordenamento jurídico, afigurando-se despropositada e, principalmente, sem nenhum parâmetro razoável que pudesse justificar a sua imposição, o que leva a pensar que uma indenização nesses moldes representaria um excelente negócio para quem dela se beneficia e um prejuízo injusto para o pretenso culpado.

Alega também que não pode ser condenada ao pagamento de indenização por danos materiais, vez que se tratam de alegações unilaterais realizadas pela apelada e que em nenhum momento restaram comprovadas.

Ao final, requer o provimento do recurso para que seja julgada totalmente improcedente a ação e, ou, sejam minoradas as indenizações fixadas à título de danos materiais e morais.

Contrarrazões da apelada às f. 157-164, pelo não provimento do recurso.

Flávia Rodrigues Gonzales também apela da sentença, defendendo que a sentença deve ser reformada para o fim de considerar a condenação da apelada em dano material no montante de R$ 6.846,00 e dano moral no valor de R$ 30.000,00, em razão da humilhação sofrida e cobranças absurdas que não foram contratadas pela apelante, bem assim seja o dano acrescido de juros de correção monetária desde a data do evento danoso, bem como condenada ao pagamento dos honorários advocatícios no patamar de 20%.

Por fim, requer o provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 152-156, pela improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

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

Consta dos autos que Flávia Rodrigues Gonzales ajuizou ação indenizatória em face de Azul Linhas Aéreas Brasileiras S.A., afirmando que adquiriu bilhete aéreo da referida companhia aérea ida para a cidade de Campo Grande, partindo de Lisboa/Portugal, no dia 23/01/2018, despachando 3 (três) malas de aproximadamente 23 kg.

Alegou que ao desembarcar no destino final, deparou-se com duas de suas malas dilaceras e seus pertences expostos em sacos plásticos transparentes, molhados, sujos e rasgados, sendo também que a terceira mala foi extraviada pela empresa, situação que lhe causou prejuízos de ordem financeira e grande transtorno de ordem moral.

O juiz *a quo,* por sua vez, reconhecendo a condição de consumidor do requerente, aplicando, portanto, a regra objetiva, julgou procedente a ação para condenar a requerida ao pagamento do valor equivalente a 1.000 DES (Direitos Especiais de Saque), segundo o maior valor apurado da moeda na data da publicação desta sentença, a título de danos materiais, acrescido de juros legais em 1% ao mês a partir da data da citação e atualizado pelo índice IGP-M/FGV desde a data do efetivo prejuízo, e R$ 12.000,00 (doze mil reais) a título de danos morais, acrescido de juros legais em 1% ao mês a partir da data do evento danoso e atualizado pelo índice IGP-M/FGV desde a data do arbitramento.

Irresignados com o *decisum*, a autora e a empresa Azul Linhas Aéreas Brasileiras S.A. recorrem a esta Corte.

Passo a analisar em conjunto os recursos.

Dos danos

No caso dos autos é incontroverso o fato da autora ter uma de suas três bagagens extraviada quando efetivou a viagem internacional feita pela empresa requerida, como também suas outras duas bagagens danificadas, com seus pertences expostos, conforme a documentação acostada aos autos, fato este nunca negado pelas partes e que ocasionou ao requerente prejuízos de ordem moral.

Torna-se oportuno ressaltar que, em sendo o transporte de pessoas ou de coisas uma relação contratual, deve-se aplicar o Código Civil e a Convenção de Montreal, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário 636.331-RJ).

O Código Civil adota a teoria da responsabilidade objetiva do transportador com relação aos danos causados a seus passageiros e bagagens, consoante reza o artigo 734, senão vejamos:

> *"Art. 734.* **O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens***, salvo motivo de força maior,* **sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.***"* (Destaquei).

De outro norte, sempre que analisarmos o transporte de coisas ou pessoas, temos de levar em conta a cláusula de incolumidade que está implícita no contrato de transporte. Trata-se por consequência de obrigação de resultado, pois o transportador assume o risco/obrigação de levar a pessoa e suas bagagens incólumes, em perfeitas condições de segurança, até o seu destino final. Uma vez descumprida referida cláusula, ocorre o inadimplemento da obrigação, aflorando o dever de indenizar.

É o que dispõe o art. 730 do Código Civil:

> *"Art. 730. Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas."*

Comentando o supramencionado artigo, o Ministro Cezar Peluso[1], esclarece que:

> *"O contrato de transporte ganhou agora tratamento típico e autônomo no Código Civil de 2002, assim superando, inclusive, a discussão sobre sua natureza jurídica, se de locação de serviços ou de depósitos, especialmente quando coisas sejam transportadas.*
>
> *Trata-se hoje de ajuste com caracterização e regramento próprios, definidos na lei como aquele em que alguém se obriga, mediante uma retribuição, a transportar pessoas ou coisas de um lugar a outro. Envolve, destarte, uma obrigação de resultado, afeta ao transportador, de levar passageiros ou mercadorias incólumes a seu destino."*

1 PELUSO, Cezar. **Código civil comentado**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. Barueri: Manole, 2009. p.716.

À propósito:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADA – APONTADOS PELA APELANTE OS MOTIVOS DE SEU INCONFORMISMO, CONTRAPONDO-OS COM OS FUNDAMENTOS LANÇADOS NA SENTENÇA VERGASTADA, NÃO SE VERIFICA OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – PRELIMINAR AFASTADA – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – TRANSPORTE AÉREO – EXTRAVIO PERMANENTE DE BAGAGEM – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO IMPRÓPRIO – INÉRCIA NA SOLUÇÃO DO PROBLEMA – DANO MORAL CONFIGURADO – DEVER DE INDENIZAR – QUANTUM ADEQUADO – DANOS MATERIAIS COMPROVADOS – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. I) Aplica-se a Convenção de Montreal ou Varsóvia somente no que tange os danos materiais pleiteados em razão do extravio de bagagem em viagem internacional, conforme entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que a indenização por dano moral não deve ser limitada pela referida norma, aplicando-se o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. II) A relação jurídica entre o passageiro e a companhia aérea amolda-se em típica relação de consumo, aplicando-se a responsabilidade (objetiva) pelo fato do serviço, contemplada no artigo 14 do CDC, quando a empresa presta serviço defeituoso e inadequado, culminando na danificação da bagagem do passageiro. III) Resta configurado o dano moral quando a empresa, além de falhar na prestação do serviço, age com desinteresse em resolver o problema, adotando uma postura inerte, que reflete descaso e desrespeito com o consumidor, que se vê obrigado a se dirigir ao Poder Judiciário para ter o seu direito atendido. IV) O quantum da indenização por danos morais deve ser arbitrado com prudente arbítrio pelo juízo, de modo que não seja tão elevado que venha a constituir em enriquecimento indevido do autor, nem irrisório a ponto de permitir a continuidade da prática de atos de idêntica natureza em face de outros consumidores dos seus serviços. V) Evidenciada a violação do dever de transporte da requerida, ora apelante, com a autora-apelada, nos termos do artigo 734 do Código Civil, que descurou de entregar as bagagens despachadas no local de destino da viagem comprada, resta devido o pagamento das despesas comprovadas, bem como daquelas razoáveis decorrentes da subtração permanente dos bens. VI) Recurso conhecido e improvido."* (TJMS. Apelação Cível n. 0813751-18.2017.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 22/05/2019, p: 24/05/2019)

Portanto, deve a empresa aérea responder pelos danos materiais causados a autora, até porque a parte requerida não acostou nenhuma prova aos autos, tendo se limitado a apresentar algumas telas de seu sistema interno ao longo da peça defensiva (f. 96-97).

É de se destacar que a simples apresentação de tela do sistema interno da empresa, cujas informações foram inseridas pela própria empresa ao arrepio do conhecimento da consumidora não tem o condão de fazer prova. Assim, não há dúvidas de que nenhuma prova impeditiva ou modificativa do direito da autora foi apresentada, não tendo a requerida se desincumbido de seu ônus.

No que toca os danos morais propriamente dito, como sabido, o dano moral se traduz na lesão nos direitos da personalidade do ser humano, *verbi gratia*, a vida, a integridade corporal, a honra, a intimidade, a liberdade, a imagem, entre outras.

Assim, uma vez violado esses direitos de personalidade do ser humano, lhe é assegurado o direito de ser indenizado pelo dano material e moral sofrido, nos termos do inciso X, do artigo 5º, da Constituição Federal, *verbis*:

> *"X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."*

O extravio da bagagem da autora, sem dúvida, trouxe-lhe desconforto (dor, sofrimento, humilhação) e transtornos financeiros.

Dessa forma, resta configurado o dever de indenizar pelos danos morais experimentados pela autora.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – TRANSPORTE AÉREO – CANCELAMENTO DE VOO – EXTRAVIO DE BAGAGEM – QUANTUM INDENIZATÓRIO – VALOR ARBITRADO COM RAZOABILIDADE – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE CONHECEU DO AGRAVO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL – INSURGÊNCIA DA COMPANHIA AÉREA. 1.A empresa aérea responde pela indenização de danos materiais e morais experimentados objetivamente pelos passageiros decorrentes do extravio de sua bagagem. 2.Não existem critérios fixos para a quantificação do dano moral, devendo o órgão julgador ater-se às peculiaridades de cada caso concreto, de modo que a reparação seja estabelecida em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento sem causa. Assim, não há necessidade de alterar o quantum indenizatório no caso concreto, em face da razoável quantia, fixada por esta Corte Superior em R$ 10.000,00 (dez mil reais). 3. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no AREsp 261.339/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 24/11/2015)

Com efeito, resta evidente a caracterização do dano moral neste caso.

Quantum indenizatório

Em relação ao *quantum* arbitrado a título de danos morais, este deve ser fixado em termos razoáveis, não podendo ser baixo a ponto de se tornar irrelevante para o ofensor e nem alto, de modo a proporcionar o enriquecimento sem causa do ofendido. O mais abalizado entendimento doutrinário e jurisprudencial determina sua fixação com o propósito de desestimular ações lesivas da mesma espécie, alicerçando a condenação no princípio da razoabilidade. Há de orientar-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, 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[2].

Ponderando todos esses fatores, afigura-se, de fato, razoável a quantia fixada a título de indenização por danos morais em R$ 12.000,00 (doze mil reais), motivo pelo qual mantenho igualmente a sentença nesta parte.

Corrobora esse entendimento:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.EXTRAVIO DE BAGAGEM – INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE CARACTERIZEM EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE – REVERSÃO DO JULGADO – IMPOSSIBILIDADE – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ – DANO MORAL – VALOR ARBITRADO – RAZOABILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência firmada nesta Corte, a responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, inclusive nos casos de extravio de bagagens, cancelamento e de atrasos em voos internacionais, após a entrada em vigor da Lei 8.078/90, não é mais regulada pela Convenção de Montreal, subordinando-se, portanto, ao Código Consumerista. 2. O Tribunal local, ao apreciar as provas produzidas nos autos, foi categórico em reconhecer os requisitos ensejadores da obrigação de indenizar o dano moral e o dano material ocorrido em decorrência de extravio de bagagem. Nessas circunstâncias, afigura-se inviável rever o substrato fático-probatório diante do óbice da Súmula 7/STJ. 3. O Superior Tribunal de Justiça firmou orientação de que é admissível o exame do valor fixado a título de danos morais em hipóteses excepcionais, quando for verificada a exorbitância ou a índole irrisória da importância arbitrada, em flagrante ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não ficou caracterizado no caso em tela, em que o valor de R$ 12.000,00 afigura-se razoável ao dano causado. 4. Agravo regimental não provido."* (AgRg no AREsp 531.529/MG, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 18/06/2015)

2 Inteligência do STJ, REsp 214381 / MG, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 29/11/1999 p. 171.

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – EXTRAVIO DE BAGAGEM – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – REVISÃO DE VALOR – ENUNCIADO 7 DA SÚMULA/STJ – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – NÃO PROVIMENTO. 1. O Tribunal de origem arbitrou os danos morais com base nos fatos e provas dos autos. A análise das razões do recurso, a fim de demover o que concluído pela origem, demandaria inevitável o reexame de matéria fática. Verbete 7 da Súmula desta Corte. 2. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 3. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg no AREsp 312.601/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 16/05/2013, DJe 24/05/2013)

Destarte, não há falar em reduzir ou mesmo aumentar o valor da indenização a título dos danos morais, porquanto foram atendidas as peculiaridades do caso, na sua fixação, motivo pelo qual, deve a sentença ser mantida neste aspecto.

Com relação ao *quantum* fixado a título de danos materiais, entendo que a quantia fixada pelo sentenciante atende as peculiaridades do caso, haja vista que não houve declaração do conteúdo da bagagem nem pela empresa aérea, nem pela parte autora, razão porque ela deve ser limitada ao teto estabelecido nos artigos 22 do Decreto 5.910/2016, que assim dispõe:

> *"No transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino."*

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – TRANSPORTE AÉREO DE PESSOAS – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – VOO INTERNACIONAL – EXTRAVIO DEFINITIVO DE BAGAGEM – CONVENÇÃO DE MONTREAL OU VARSÓVIA – DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO – DANOS MATERIAIS – DANOS MORAIS – QUANTUM MANTIDO – RECURSO DESPROVIDO. Aplica-se a Convenção de Montreal ou Varsóvia no que tange os danos materiais pleiteados em razão do extravio de bagagem em viagem internacional, conforme entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal. Quando não há comprovação do conteúdo da bagagem extraviada, a Convenção de Montreal estabelece o valor correspondente a 1.000 DES (Direitos Especiais de Saque) por mala extraviada. Mantém-se a verba indenizatória fixada em valor inferior ao quantum resultante da conversão de tal unidade porque não houve recurso da parte prejudicada e não se pode incorrer em reformatio in pejus. O extravio definitivo de bagagem em plena viagem atinge o ânimo da pessoa lesada e amolda-se ao conceito dos danos morais in re ipsa, dispensando a prova específica dos abalos sofridos. Possível a cumulação dos valores do dano moral com o limite indenizatório previsto na Convenção de Montreal porque este se refere apenas aos danos materiais. Deve ser mantido o valor fixado para a reparação por danos morais quando se mostra condizente com as peculiaridades do caso concreto."* (TJMS. Apelação Cível n. 0805247-86.2018.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 02/04/2019, p: 04/04/2019)

Desta feita, não merece reparos a sentença nesse ponto.

Juros e correção

Quanto as correções de estilo da indenização, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é uníssona no sentido de que os juros moratórios legais fluem a partir do evento danoso, nos casos de indenização por dano moral puro decorrente de ato ilícito (Súmula 54 do STJ).

A propósito, julgados do Tribunal da Cidadania reafirmam o teor do enunciado sumular, senão vejamos:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – JUROS DE MORA – CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS – TERMO INICIAL – EVENTO DANOSO – SÚMULA Nº 54/STJ.* **1. Os juros de mora, nos casos de responsabilidade extracontratual, incidem da data do evento danoso (Súmula nº 54/STJ)**. *2. Agravo regimental não provido."* (AgRg no Ag 883.757/RJ. Terceira Turma. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento 7.2.2012. Publicação DJe 10.2.2012) (grifo nosso).

> *"AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – IMPUTAÇÃO DE FRAUDE NO CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA – VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC – NÃO OCORRÊNCIA – DEVER DE INDENIZAR – REEXAME DE MATÉRIA DE FATO – REVISÃO DO VALOR – JUROS DE MORA – TERMO INICIAL. (...) 4.* **Segundo o entendimento majoritário da Segunda Seção, sufragado no REsp 1.132.866/SP (julgado em 23.11.2011), no caso de indenização por dano moral puro decorrente de ato ilícito os juros moratórios legais fluem a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ).** *Ressalva do ponto de vista pessoal da Relatora. (...)."* (AgRg no Ag 729.908/RJ. Quarta Turma. Relator Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgamento 2.2.2012. Publicação DJe 14.2.2012). (g.n.)

Desse modo, ao contrário do consignado na sentença, os juros moratórios devem incidir a partir do evento danoso, ou seja, a partir da data do primeiro desconto indevido.

No tocante à correção monetária, a sua incidência se dá a partir da data do arbitramento do dano moral, a teor do que preceitua a Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *"Súmula. 362. A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento."*

A propósito:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DESCUMPRIMENTO DE DEVER CONTRATUAL – TRANSFERÊNCIA DE VEÍCULO AUTOMOTOR – DANO MORAL – COBRANÇA INDEVIDA DE MULTAS E IMPOSTOS – CORREÇÃO MONETÁRIA – INCIDÊNCIA A PARTIR DA DATA DO ARBITRAMENTO – RECURSO NÃO PROVIDO. Inexistindo parâmetros para a fixação do valor do dano, a indenização por danos morais deve ser fixada pelo julgador com fulcro nos princípios de razoabilidade e proporcionalidade, de modo a evitar a configuração de enriquecimento ilícito, em busca de atender sempre a função compensatória do ofendido e sancionatória do ofensor.* **A correção monetária deverá incidir a partir do arbitramento do dano moral.***"* (TJ/MS. Primeira Câmara Cível. n. 2011.034731-1/0000-00. Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins. DJ. 15.05.2012) (g.n.)

Não merece reparos a sentença recorrida.

Por fim, no que toca aos honorários advocatícios, entendo que a quantia fixada no percentual de 12% sobre o valor da condenação remunerada dignamente a causídica da parte autora, com observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Dispositivo

Isso posto, nego provimento aos recursos.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 17 de junho de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Dorival Renato Pavan
Apelação Cível nº 0800859-28.2014.8.12.0019 – Ponta Porã

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA.

Não ocorre cerceamento de defesa se o juiz dispensa a produção de prova inútil à solução da lide.

Preliminar afastada.

PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO ADUZIDA PELO PARTICULAR, SUPOSTO BENEFICIÁRIO DO ATO ÍMPROBO – TERMO INICIAL – IDENTIDADE COM PRAZO DO AGENTE PÚBLICO – PRECEDENTES.

O termo inicial da prescrição em improbidade administrativa em relação a particulares que se beneficiam de ato ímprobo é exatamente o mesmo prazo do agente público que supostamente praticou a ilicitude, a teor do disposto no art. 23, I e II, da Lei n. 8.429/92. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

MÉRITO – CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO – IMPUTAÇÃO DO COMETIMENTO DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR INFRAÇÃO AO ARTIGO 10, I E IX E ART. 11, *CAPUT*, DA LEI 8.492/92 – INEXISTÊNCIA DE DOLO OU DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR – CAUSA ESPECIAL E EXPERIÊNCIA DO CONTRATADO – EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – INTERESSE PÚBLICO CARACTERIZADO PELA PAZ SOCIAL E PELA POSSIBILIDADE DE DEMARCAÇÃO DE TERRA INDÍGENA NO MUNICÍPIO COM A CONSEQUENTE PERDA DA PROPRIEDADE DE DIVERSOS CONTRIBUINTES – INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES LEGAIS AFETAS À CONTRATAÇÃO QUE NÃO IMPLICA EM IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PELA INEXISTÊNCIA DE DOLO OU DE MÁ-FÉ NA CONDUTA DO PREFEITO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, COM O PARECER – SENTENÇA REFORMADA.

O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa. Nas condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, exige-se a presença do dolo do agente, o qual se prende ao volitivo do agente (critério subjetivo), sem o que não é possível caracterizar o ato praticado como sendo de improbidade administrativa.

O ato de improbidade administrativa não se qualifica pela mera atuação em desconformidade com a singela e fria letra da lei, mas sim mediante conduta que denota subversão das finalidades administrativas, mediante dolo ou má-fé, os quais devem ser investigados pelo juiz.

Recurso conhecido e provido, com o parecer. Sentença 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, com o parecer, afastaram a preliminar de cerceamento de defesa e a prejudicial de prescrição e, no mérito, deram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 de maio de 2020.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Tratam-se de duas apelações cíveis interpostas às f. 1708-1738 e 1743-1767 por Guilhermo Ramão Salazar e espólio de Juneir Martinez Marques, insurgindo-se contra a sentença de f. 1689-1701, proferida pela douta juíza da 3ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, Dra. Tatiana Decarli, que julgou procedente o pedido formulado pelo Ministério Público Estadual na Ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada em face dos apelantes.

O Ministério Público ingressou com essa ação alegando que, após investigação realizada nos autos do Inquérito Civil n. 11/2011, instaurado inicialmente para apuração de irregularidades na Ação de Interdito Proibitório n. 0001030-05.2005.403.6005, em trâmite perante a Justiça Federal em Ponta Porã-MS, tendo como requerida a FUNAI e como autores o Município de Antônio João-MS e outros 74 (setenta e quatro) particulares, todos eles representados pelo advogado Guilhermo Ramão Salazar, constatou-se que houve pagamento de honorários advocatícios com verba pública municipal.

Informou que o ordenador de despesa das notas de empenho foi o ex-Prefeito Juneir Martinez Marques, e o fez sem que tenha havido a regular contratação do advogado requerido, prévio procedimento licitatório para seleção ou mesmo processo de dispensa de licitação, já que o ente municipal contava, à época, com Procurador-Jurídico concursado em exercício.

Ressaltou que não havia qualquer interesse do Município de Antônio João-MS para atuar no feito, haja vista que a demanda discutia a proteção da posse de áreas rurais de interesse individual, patrimonial e disponível de terceiros.

Contou que foi apurada a existência de dois pagamentos ao requerido Guilhermo a título de honorários advocatícios, sendo o primeiro no valor de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) – Nota de Empenho emitida em 11.07.2005, referente aos serviços prestados nos Autos n. 2001.60.02.001924-8; e o segundo pagamento no valor de R$ 2.078,47 (dois mil e setenta e oito reais e quarenta e sete centavos) – Nota de Empenho emitida em 28.07.2005, por serviços prestados nos Autos n. 2005.60.05.001030-7.

Assim, imputando ao requerido Guilhermo a prática de atos de improbidade administrativa que importaram em enriquecimento ilícito e violação aos princípios da legalidade e moralidade administrativas, previstos pelo artigo 9º, inciso X, e art. 11, *caput*, ambos da LIA – Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92, pleiteou a condenação desse réu nas sanções previstas no artigo 12, incisos I e III, da mencionada Lei Federal.

Ao requerido Juneir Martinez Marques, pessoa falecida, imputou a prática de atos de improbidade administrativa que importaram em dano ao erário e violação aos princípios da legalidade e moralidade administrativas, previstos pelo art. 10º, inciso XII, e art. 11, *caput*, ambos da LIA.

Requereu a condenação dos sucessores e herdeiros do *de cujus*, Ana Paula Hartemam Marques, Arikell Rodrigo de Oliveira Marques, Flávio Renato Hartemam Marques e Marceleide Hartemam Pereira Marques nas sanções previstas pelo artigo 12, incisos II e III, da mencionada Lei Federal.

Requereu a concessão de liminar para avaliação judicial dos bens deixados por Juneir Martinez Marques e a indisponibilidade de bens do demandado suficientes para garantir a reparação do dano.

A liminar foi indeferida.

O requerido Guilhermo Ramão Salazar manifestou-se às f. 376-391 relatando que no ano de 2001 foi contratado para prestar serviços advocatícios para defender interesses do Município de Antonio João e também de particulares, pelo fato de haverem sido atingidos em seus direitos por um processo administrativo - FUNAI/BSB/nº 1861/00 - que considerou que propriedades situadas naquele município seriam terras indígenas. Informou que sua atuação ocorreu nos Processos nº 2001.60.02.001924-8 (ação declaratória) e nº 2005.60.05.001030-7 (interdito proibitório).

Alegou que embora o Município de Antônio João não fosse titular das propriedades rurais objeto da turbação indígena, essas propriedades encontravam-se localizadas em área geográfica pertencente àquele município, sendo altamente produtivas e responsáveis por significativa parcela da arrecadação tributária municipal, o que justificaria o interesse processual na resolução do conflito.

Aduziu que o interesse processual do município também era decorrente da complexidade e da amplitude da causa, a envolver mais de 60 proprietários rurais em iminente confronto com populações indígenas, todos com ânimos exaltados e dispostos a tudo para conquistar o direito definitivo sobre as terras em disputa.

Afirmou que não recebeu verbas do Município de Antonio João-MS em duas oportunidades, mas em apenas uma, referente à nota de empenho emitida em 11/07/2005, no valor de R$ 2.500,00, e uma Ordem ou Nota de Pagamento emitida em 28/07/2005, determinando o efetivo reembolso ao causídico por despesas que efetuou no interesse da causa, no valor de R$ 2.078,47, pois deduzidos os valores devidos a título de INSS e IRPF.

Sustentou a legalidade de sua contratação já que a licitação era dispensável em razão da contratação do serviço não ultrapassar R$ 8.000,00, e também inexigível em função da complexidade das questões inerentes às demandas que envolvem conflitos agrários. Mencionou sua notória experiência na área.

Argumentou que não se faz presente o dolo para configurar ato de improbidade, pois o requerido prestou o serviço ajustado com o Administrador à época dos fatos, bem como não houve prejuízo ao erário.

O espólio de Juneir Martinez Marques apresentou manifestação às f. 1552-1565, alegando que o ex-prefeito de Antônio João não praticou qualquer ato contrário à Lei nº 8.666/93 quando da contratação do advogado Guilhermo Ramão Salazar, pois o ingresso do município naquele feito foi motivado para assegurar o cumprimento do Decreto Lei 1.775/96 e que o interesse econômico do município é o de manter a paz local.

Afirmou que o advogado contratado possui notória especialização em ações de conflito agrário e demarcações de terras indígenas, hipótese de inexigibilidade de licitação, bem como de dispensa, pois o valor pago é inferior ao limite legal de R$ 8.000,00. Salientou que o valor pelo qual o advogado foi remunerado é ínfimo e não representa dano ao erário ou enriquecimento ilícito ou violação de princípio da administração pública. Sustentou que não houve dolo na conduta, de modo que resta descaracterizado o ato de improbidade administrativa.

Em contestação, o requerido Guilhermo apresentou as mesmas alegações da manifestação e os sucessores e herdeiros do *de cujus* Juneir Martinez Marques não apresentaram contestação.

Intimados a especificar as provas que pretendiam produzir, os herdeiros de Juneir Martinez Marques manifestaram interesse na produção de prova testemunhal a fim de comprovar a legalidade da contratação do advogado, ao passo que o autor e o requerido Guilhermo Ramão Salazar manifestaram desinteresse na produção de outras provas.

Foi, então, proferida a sentença de f. 1689-1701, por meio da qual a douta juíza *a quo* julgou procedentes os pedidos iniciais para:

Condenar o requerido Guilhermo Ramão Salazar pela prática de ato de improbidade administrativa tipificado no art. 10º, inciso I da Lei 8.429/92, aplicando-lhe as sanções previstas no art. 12, II da Lei 8.429/92, consistentes em: a) a perda dos valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio em prejuízo ao erário no valor de R$ 7.660,31 (sete mil, seiscentos e sessenta reais e trinta e um centavos), em favor do Município de Antônio João-MS, corrigida pelo índice IGMP e acrescida de juros moratórios desde a data do ajuizamento da ação (03.04.2014); b) à perda da função pública, caso o requerido ocupe alguma; c) suspensão dos direitos políticos por 5 (cinco) anos; c) pagamento de multa civil de 2 (duas) vezes o valor do acréscimo patrimonial por ele percebido indevidamente, perfazendo a quantia de R$ 15.320,62 (quinze mil, trezentos e vinte reais e sessenta e dois centavos), a ser revertida em favor do Município de Antônio João-MS; d) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 05 (cinco) anos;

Condenar os requeridos Ana Paula Hartemam Marques, Arikell Rodrigo de Oliveira Marques, Flávio Renato Hartemam Marques e Marceleide Hartemam Pereira Marques, até o limite da herança recebida e na proporção do quinhão de cada herdeiro: a) ao ressarcimento integral do dano causado ao erário pelo *de cujus* Juneir Martinez Marques, em razão da prática de ato de improbidade administrativa tipificado no art. 10, inciso IX da Lei n. 8.429/92, no valor de R$ 7.660,31 (sete mil, seiscentos e sessenta reais e trinta e um centavos), em favor do Município de Antônio João-MS, corrigida pelo índice IGMP, e acrescida de juros moratórios desde a data do ajuizamento da ação (03.04.2014); e b) ao pagamento de multa civil de 2 (duas) vezes o valor do dano causado, perfazendo a quantia de R$ 15.320,62 (quinze mil, trezentos e vinte reais e sessenta e dois centavos), a ser revertida em favor do Município de Antônio João-MS.

Irresignados, ambos os réus apelam.

Guilhermo Ramão Salazar, no apelo de f. 1708-1738 sustenta prejudicial de prescrição da pretensão autoral sob o fundamento de ter recebido o valor de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) em 28.07.2005, tendo o *Parquet* ajuizado a ação apenas em 03.04.2014, ou seja, mais de cinco anos após.

No mérito, sustenta ausência de dolo ou culpa dos envolvidos, assim como ausência de demonstração de prejuízo ao Erário Municipal, já que o serviço foi efetivamente prestado.

Em pedido subsidiário, pugna pela exclusão da condenação do recorrente das sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público e dele receber incentivos e benefícios fiscais e creditícios e restituição do valor recebido e/ou ainda a sua redução em patamar mínimo.

O espólio de Juneir Martinez Marques também apela suscitando preliminar de cerceamento de defesa ante o indeferimento de prova testemunhal. No mérito, alega que o valor pago foi ínfimo já que está muito abaixo dos valores pagos a título de honorários advocatícios em causas de tamanha complexidade. Ressalta ainda que foi essa a razão pela qual, na época, optou-se pela contratação do advogado Requerido ao invés da Procuradoria Jurídica, já que aquele se mostrou mais técnico e experiente para atuar na causa de grande complexidade (demarcação de terras indígenas).

Relata não ter havido dolo ou má-fé, mas meras irregularidades formais incapazes de autorizar a imputação de improbidade administrativa. Ao final, em última hipótese, defende a redução da sanção imposta, em atenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Não foram apresentadas contrarrazões.

A Procuradoria-Geral de Justiça apresentou parecer às f. 1790-1800 opinando pelo conhecimento e provimento do apelo para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

VOTO

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

Conforme relatado, tratam-se de duas apelações cíveis interpostas às f. 1708-1738 e 1743-1767 por Guilhermo Ramão Salazar e espólio de Juneir Martinez Marques, insurgindo-se contra a sentença de f. 1689-1701, proferida pela douta juíza da 3ª Vara Cível da Comarca de Ponta Porã, Dra. Tatiana Decarli, que julgou procedente o pedido formulado pelo Ministério Público Estadual na ação civil pública por improbidade administrativa ajuizada em face dos apelantes.

Admissibilidade

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

Passo ao juízo de admissibilidade.

Os recursos são tempestivos e os preparos encontram-se às f. 1740-1742 e 1769-1771.

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

Quanto à preliminar de cerceamento de defesa.

O espólio de Juneir Martinez Marques também apela suscitando preliminar de cerceamento de defesa ante o indeferimento de prova testemunhal.

A preliminar deve ser rejeitada.

Respeitar o princípio da ampla defesa significa oportunizar todas as possibilidades de produção de provas úteis à parte ou a qualquer pessoa que responda a processo administrativo ou judicial.

No caso, o juiz não prejudicou a parte ao dispensar a produção de prova testemunhal, haja vista que toda a lide limita-se à legalidade ou não de fato sobre o qual não cabe mais discussão – a efetiva contratação do advogado réu pelo município.

Acatar o pedido é que atrapalharia a solução do litígio já que protelaria a resolução da demanda, ofendendo vários princípios processuais, entre eles os princípios da economia, efetividade e duração razoável do processo.

Afasto, assim, a preliminar.

Quanto à prescrição.

O requerido/apelante Guilherme Ramão Salazar suscita prejudicial de prescrição sob o fundamento de ter recebido o valor de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) em 28.07.2005, tendo o *Parquet* ajuizado a ação apenas em 03.04.2014, ou seja, mais de cinco anos após.

Sem razão. Aplica-se ao caso em comento o prazo prescricional previsto no inciso I, do art. 23, da Lei n.º 8.429/92, que tem a seguinte redação:

> *"Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:*
>
> *I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança."*

No caso, os supostos atos de improbidade ocorreram no ano de 2005, durante o mandato de Prefeito de Juneir Martinez Marques, o qual foi reeleito e exerceu seu segundo mandato até o ano de 2011. O prazo prescricional teve início, portanto, ao fim do mandato, de modo que quando da propositura da presente ação ainda não havia transcorrido o prazo quinquenal, não havendo que se falar, portanto, em prescrição.

Cumpre esclarecer, ainda, que nem a lei nem a jurisprudência faz distinção entre o agente político e particular quanto ao termo inicial para contagem de prazo prescricional em improbidade administrativa.

Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PARTICULAR BENEFICIÁRIO DO ATO ÍMPROBO – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL – SIMETRIA COM PRAZO DO AGENTE PÚBLICO – PRECEDENTES. 1. Esta Corte Superior entende que o termo inicial da prescrição em improbidade administrativa em relação a particulares que se beneficiam de ato ímprobo é idêntico ao do agente público que praticou a ilicitude, a teor do disposto no art. 23, I e II, da Lei n. 8.429/92. Precedentes. 2. Ademais, ainda que a título de obiter dictum, cumpre reafirmar que esta Corte alberga o entendimento de imprescritibilidade da pretensão de condenação por dano ao erário e o respectivo ressarcimento, formulada em ação civil pública, ante o disposto no art. 37, § 5º, da Constituição da República. Recurso especial improvido."* (STJ, Recurso Especial nº 1.433.552 – SP, Relator: Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Data de julgamento 25/11/2014, DJe 05/12/2014)

Sendo assim, afasto a prejudicial.

Do ato de improbidade

Estabelece o art. 37, § 4º, da CF que *"Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível."*

Referido dispositivo fora regulamentado pela Lei 8429/92, que estabeleceu as condutas caracterizadoras dos atos ímprobos, conforme se infere do teor das disposições dos artigos 9, 10 e 11 da Lei 8429/92.

Especificamente ao julgamento da presente interessa o teor do artigo 10, I e IX, eis que o nobre julgador de primeiro grau fundamentou a condenação dos apelantes nas condutas ali tipificadas.

Confira-se a redação do dispositivo que embasou a condenação:

> *"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:*
>
> *I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;*
>
> *(...)*
>
> *IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento."*

Em que pese a douta juíza *a quo* não ter citado o art. 11, é certo que ela imputou-lhes ainda infringência aos valores ali estampados, já que expressamente menciona violação aos princípios da legalidade, publicidade e moralidade administrativa.

Pois bem.

Sabe-se que é pacífica a doutrina e jurisprudência no sentido de que o dolo é exigido para a caracterização dos atos de improbidade previstos no art. 11 (dentre outros, STJ, 2a. Turma, RESp 534.575, Rel. Min. Eliana Calmon, j, 9.12.03, DJU de 29.03.04). STJ, 1a. Turma, Rel. Min. Denise Arruda, j. 23.06.09, DJ de 06.08.09) de tal sorte que a lei objetiva alcançar, como se vê do mesmo entendimento, o administrador desonesto, não o inábil.

Sabe-se, outrossim, que *"a configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei 8.429/92 exige a presença do efetivo dano ao erário e, ao menos, culpa."* (Precedentes: AgRg no AREsp. 701.562/RN, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 13.8.2015; REsp. 1.206.741/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 24.4.2015). (AgRg na MC 24.630/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 20/10/2015, DJe 09/11/2015).

Feitas estas considerações, passo ao exame da conduta apontada aos apelantes e o cotejo com a prova produzida nos autos.

No caso, a conduta atentou diretamente contra os deveres de imparcialidade e legalidade que devem nortear a conduta do administrador público, especialmente porque o agente político contratou o também requerido Guilherme Ramão Salazar para atuar nos autos da Ação Declaratória n.º 2001.60.02.001924-8, que tramitou perante a Justiça Federal de Ponta Porã/MS, cuja contenda girava em torno do processo demarcatório da FUNAI, de terras consideradas indígenas, sem a observância do procedimento simplificado exigido por lei.

Não menos certo é, também, de outro lado, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem firme orientação no seguinte sentido:

> *"O STJ ostenta entendimento uníssono segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10."* (Precedentes: AgRg no AREsp 20.747/SP, Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/11/2011; REsp 1.130.198/RR, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010; EREsp 479.812/SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/9/2010; REsp 1.149.427/SC, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 9/9/2010; e EREsp 875.163/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 30/6/2010.)

Daí que a caracterização do ato ímprobo, especialmente no que diz respeito àquelas condutas tipificadas no art. 11 da Lei 8.429/92, somente se efetiva quando comprovado o dolo, ainda que genérico.

Isso porque o objetivo da lei de improbidade administrativa é o de punir o administrador corrupto e desonesto, não aquele despreparado, desastrado ou incompetente.

Existe uma linha, muito tênue, é verdade, entre aquela conduta considerada desonesta, advinda da intenção de assim agir e aquela que, desastrosamente, ou por lapso, venha a atentar contra a legalidade.

Daí que não é toda e qualquer ilegalidade praticada pelo administrador que será considerada como conduta ímproba, passível de punição pela lei em tela, mas somente aquela praticada com a intenção de assim agir.

Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella de Pietro[1], leciona que:

> *"A aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa.*
>
> *A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem*

1 **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 689.

conseqüências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros.

A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre meios e fins."

Com todo o respeito, essa é uma das ações que sobrecarrega inutilmente o Judiciário dado o mínimo prejuízo experimentado pela população como um todo, a ausência de prejuízo ao erário e, mais a fundo, a ausência de comprovação do dolo do agente.

No caso dos autos, observa-se que o Dr. Guilhermo Ramão Salazar prestou efetivo serviço nos autos da Ação Declaratória n.º 2001.60.02.001924-8, que tramitou perante a Justiça Federal de Ponta Porã/MS, sendo remunerado em razão dos serviços prestados.

O fato de existir Procurador Jurídico concursado no município não acarreta a imediata conclusão de que houve má-fé, especialmente porque o requerido/recorrente foi contratado para prestar serviços em uma demanda específica e especial, de natureza complexa (direito agrário e demarcação de terras indígenas).

O fato de inexistir terra pública entre aquelas em procedimento de demarcação igualmente não retira o interesse do município. Ora. Tratavam-se, ao total, de 74 (setenta e quatro) pessoas no polo ativo da ação, ou seja, 74 produtores rurais e contribuintes.

A mim me parece que há evidente interesse municipal da resolução da demanda.

Assim, não me parece que os réus tenham agido, no caso, com dolo, no sentido de ter vontade e consciência de burlar o sistema.

Em nenhum instante está demonstrado a conduta intencionada, dirigida, do agente público, no caso o prefeito, de obter benefício próprio, lesar o erário, enriquecer ilicitamente alguém ou qualquer outra coisa que o valha.

O fato da existência da contratação é induvidoso. Não, contudo, as consequências jurídicas almejadas pelo Ministério Público e acolhidas pela sentença.

Calha à lembrança o ensinamento de Marino Pazzaglini Filho[2], que escreveu:

"Improbidade administrativa é mais que mera atuação desconforme com a singela e fria letra da lei.

É conduta denotativa de subversão da finalidades administrativas, seja pelo uso nocivo (ilegal e imoral) do Poder Público, seja pela omissão indevida de atuação funcional, seja pela inobservância dolosa ou culposa das normas legais.

Decorre tanto da desonestidade e da deslealdade, quanto da inidoneidade ou da incompetência do agente público no desempenho de suas atividades funcionais.

Revela-se a improbidade administrativa no emprego da negociata na gestão pública, que vai desde auferimento do administrador ou terceiro de ganhos patrimoniais ilícitos, concessão de favores e privilégios ilegais, exigência de propinas, mesmo para atendimento de pedidos legítimos de particulares, desvio ou aplicação ilegal de verbas públicas, sectarismo do comportamento da autoridade, privilegiando, no exercício funcional, o interesse pessoal em relação ao público, até tráfico de influência nas esferas públicas, bem como exercício deturpado ou ineficiente das funções públicas com afronta acintosa aos princípios constitucionais que as regem."

A conduta ímproba, que enseja condenação por ato de improbidade administrativa, portanto, deve provir da demonstração induvidosa de elementos que revelem a adoção de uma postura desprestigiosa do

2 Aut. Cit. **Lei de improbidade administrativa comentada**. Atlas. p. 16/26.

agente público em relação à moralidade administrativa, ao senso comum de honestidade, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições que revelem, à vontade de fraudar e de lesar a Administração Pública, aferíveis *ictu oculi*, e esta não é a hipótese ocorrente nos autos.

As lições doutrinárias transcritas bem se amoldam à hipótese contida nos autos da ação civil pública. Comete ato de improbidade aquele que não é probo, ou seja, desonesto.

Não se pode acoimar de desonesto o ato imputado aos réus desta ação, pelos motivos explicitados.

No mesmo sentido, o parecer do nobre Procurador de Justiça, Dr. Aroldo José de Lima (f. 1790-1800):

> *"Antes de mais nada, impede esgrimir sobre a caracterização da prática do ato de improbidade administrativa na esfera da contratação sem concurso público ou dispensa de licitação.*
>
> *É bem verdade que a contratação sem prévia realização de concurso público ou licitação, por vezes (excetuado os casos de nomeação para cargo em comissão), caracteriza ato ímprobo, por ofensa ao disposto no art. 37, inciso II, da Carta Política.*
>
> *No entanto, tal ocorrência imprescinde de dano ao erário, enriquecimento ilícito e/ou má-fé do agente público, já que há distinção entre ato ilegal e ato de improbidade administrativa, a ser observado na conduta do agente e não pela ilegalidade objetiva do ato.*
>
> *Portanto, nas palavras da jurista Gina Copola, 'conclui-se que a contratação de servidor público sem a realização de concurso público, e que não se enquadre nas hipóteses em que o concurso é dispensado, só constitui ato de improbidade administrativa se causar dano ao erário e for praticado com a existência do elemento subjetivo do dolo, conforme a jurisprudência superior tem decidido'.*
>
> *À vista disso, em atenção ao caso telado, estar-se-á diante de duas situações, uma em que não há ato de improbidade administrativa, a medida em que não houve prejuízo ao erário, já que o Requerido Guilhermo efetivamente prestou serviço ao município, durante a defesa na Ação n.º 2001.60.02.001924-8, e a segunda porque, caso o julgador não acolha a hipótese anterior, não houve ilegalidade no ato, mas mera irregularidade, sem qualquer dolo na conduta dos apelantes.*
>
> *Isto porque, ao que se vislumbra, após acurada análise dos autos, a conduta administrativa praticada pelos Recorrentes não foi revestida de dolo, eis não haver qualquer elemento probatório que dê margem a conclusão de ter eles agido em conluio.*
>
> *Tal assertiva encontra-se, ainda, consubstanciada no fato de que o Recorrente Guilhermo restou contratado para prestar serviços em demanda específica, cuja natureza era complexa, por se tratar de direito agrário, reunindo, além da Funai como requerida, 74 (setenta e quatro) pessoas no polo ativo da ação, de modo que o valor percebido a título de honorários advocatícios encontrava-se dentro dos parâmetros da tabela da OAB.*
>
> *Ademais, ao que se evidencia, a contratação do advogado se deu pela atuação especializada do profissional, em razão da assessoria prestada por ele em casos idênticos.*
>
> *Inobstante, o serviço foi efetivamente prestado em defesa do Município, afastando qualquer alegação de dano ao erário ou enriquecimento ilícito.*
>
> *Sobre demandas deste jaez, alguns Pretórios já tiveram ocasião de revisar arestos absolutórios e condenatórios, a depender do caso concreto, que, compulsando todo o processado parece ser o édito absolutório a melhor solução. Veja-se:*
>
> *'EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS SEM CONCURSO – ATO DE IMPROBIDADE ATENTATÓRIO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO*

PÚBLICA (ART. 11, DA LIA) – NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DE DOLO OU MÁ- FÉ – ATO NÃO QUALIFICADO – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO'.

Desta forma, para a responsabilização dos recorrentes, nos termos propostos na exordial, era imprescindível a demonstração de dano ao erário e/ou recebimento indevido, de modo a evidenciar o dolo ou má-fé em suas condutas.

Em outras palavras, a improbidade administrativa não é objetiva, pois, no caso em tela, não se pode presumir que o apelante Guilhermo foi contratado de forma ilegal pelo então Prefeito Juneir, tendo, ambos, agido de má-fé, notadamente porque os fatos angariados no processado afastam tal convencimento.

Deste modo, sem indicativo concreto de má-fé dos envolvidos, não se pode presumir o dolo, de forma que não se permite concluir que os apelantes tinham o propósito escuso de contratação ilegal.

Portanto, diante da ausência da prova de dolo de qualquer um dos Recorrentes ou, ainda, da conduta desidiosa no trato da coisa pública, a autorizar a responsabilização destes nos termos do art. 10, da Lei n.º 8.429/92, a hipótese é de improcedência do pedido."

Ante o exposto, com o parecer, conheço dos recursos de apelação interpostos pelos réus Guilhermo Ramão Salazar e espólio de Juneir Martinez Marques, afasto a preliminar de cerceamento de defesa e a prejudicial de prescrição e, no mérito, dou provimento aos recursos para reformar a sentença impugnada e julgar improcedentes os pedidos formulados pelo Ministério Público Estadual na ação civil pública por improbidade administrativa, declarando a resolução do mérito com fundamento no artigo 487, I, segunda figura, do CPC.

Sem custas ou honorários advocatícios, posto que incabíveis na espécie

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, afastaram a preliminar de cerceamento de defesa e a prejudicial de prescrição e, no mérito, deram provimento aos recursos, 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, 27 de maio de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Dorival Renato Pavan
Apelação Cível nº 0811045-98.2013.8.12.0002 – Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO – ALEGAÇÃO DE USUCAPIÃO TABULAR – PROVA DOS AUTOS QUE DEMONSTRA QUE OS AUTORES ADQUIRIRAM O BEM QUANDO JÁ OBJETO DE LITÍGIO ENTRE O PRIMITIVO PROPRIETÁRIO (IMOBILIÁRIA MURAKAMI) E QUEM O ALIENOU AOS AUTORES – EXISTÊNCIA DE ANTERIOR AÇÃO QUE FOI AVERBADA PERANTE O REGISTRO IMOBILIÁRIO ANTES MESMO DA AQUISIÇÃO FEITA PELOS AUTORES POR COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – INEXISTÊNCIA DE BOA-FÉ – AUTORES QUE, OUTROSSIM, NÃO PROVARAM O FATO CONSTITUTIVO DE SEU DIREITO, ATINENTE À CONFIRMAÇÃO DA PRESENÇA DOS DEMAIS REQUISITOS PARA A USUCAPIÃO, EM ESPECIAL O EXERCÍCIO DA POSSE REAL E EFETIVA SOBRE O BEM DESCRITO NA INICIAL – PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Não pode ser considerada como aquisição de boa-fé aquela feita quando, ao tempo da aquisição, já constava do registro de imóveis a existência de ação anulatória de negócio jurídico ajuizada pela ré apelante contra aquele que houvera alienado o imóvel aos autores como sendo seu, devidamente averbada perante o espelho imobiliária em data anterior àquela em que os autores adquiriram o bem.

Mesmo na usucapião tabular, aquela prevista no artigo 1,242, parágrafo único, do Código Civil, os autores não estão dispensados de provar a aquisição do bem de boa-fé e, em especial, o efetivo exercício de posse real e efetiva sobre a coisa adquirida, dando-lhe a devida destinação social, não se prestando a tanto a mera juntada de pagamento de tributos incidentes sobre o imóvel, como o IPTU.

É do autor a prova do preenchimento dos requisitos para a aquisição, não só o tempo da posse, a mansidão dela, com *animus domini*, mas especifica e especialmente, o efetivo exercício de posse sobre o bem objeto da usucapião, de tal forma que se não provam os fatos constitutivos de seu direito, o pedido há de ser julgado improcedente.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 27 de maio de 2020.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de apelação cível interposta às f. 402-414 por Edenilson Natal de Carvalho e Kennyda Pereira Merlim de Carvalho, insurgindo-se contra a sentença de f. 390-397, proferida pelo douto juiz da 5ª Vara Cível

da Comarca de Dourados, Dr. César de Souza Lima, que julgou improcedentes os pedidos por eles formulados na ação de usucapião ajuizada em face de Imobiliária Murakami LTDA.

Os autores ingressaram com essa ação alegando serem possuidores do lote n.º 21, da quadra n.º 08, Jardim Murakami, Matrícula n.º 63.515 do Cartório de Registro de Imóveis de Dourados-MS desde 1996. Afirmaram serem detentores de justo título e boa-fé, fazendo diversas benfeitorias no local e nele residindo desde então.

Pretenderam a declaração de domínio por usucapião ordinária ou, eventualmente, extraordinária, já que passados mais de 20 anos de posse mansa, pacífica, ininterrupta e com *animus domini*.

Em contestação, a Imobiliária ré afirmou que pendia demanda judicial sobre o imóvel e que os requerentes tinham ciência da aquisição de coisa litigiosa, o que lhes retira a pacificidade da posse, o justo título e a boa-fé. Afirmou que não transcorrido o prazo necessário para a aquisição por usucapião pois a existência de ação interrompe e suspende a prescrição aquisitiva.

Após regular trâmite processual, foi proferida a sentença de f. 390-397, por meio da qual o douto juiz *a quo* julgou improcedente o pedido.

Irresignados, os autores apelam alegando, em síntese, que adquiriram referido imóvel por contrato particular em 09/05/1996, lá fazendo moradia desde então sem qualquer contestação de posse. Afirmaram que a compra foi feita de forma parcelada, de moo que a escritura foi outorgada no dia 30/12/1999 e que a referida compra e venda foi averbada à margem da matrícula do imóvel, conforme registro 03 da Matrícula 63.515 do CRI local.

Contam que a recorrida havia ajuizado ação anulatória de atos jurídicos contra o vendedor do imóvel (Sr. Cássio Marques Correia Ferreira) e outros, que tramitou perante a 4ª Vara Cível da Comarca de Dourados sob o n. 002.95.002399-2. Afirmam que referida ação foi julgada procedente e a compra e venda foi anulada, retornando o imóvel ao domínio da ré/apelada.

Afirmam que jamais fizeram parte do polo passivo daquela ação e que não houve determinação judicial no sentido de retirar a mansidão da posse exercida.

Alegam que desde que imitidos na posse do imóvel o possuem como donos já que ali fizeram investimentos e estabeleceram moradia habitual, pagando todos os impostos incidentes.

Sustentam que o fato de existir uma ação para discutir o domínio do imóvel não influencia a posse dos recorrentes; que a recorrida jamais utilizou qualquer ação possessória em relação aos recorrentes; que mesmo após o cancelamento do registro, ocorrido há mais de 13 anos, a recorrida jamais contestou a posse dos recorrentes.

Sustentam que, uma vez que o recorrente está na posse mansa e pacífica do imóvel desde 1996, está claro o seu direito.

Discorrem sobre a usucapião ordinária ou com prazo reduzido (tabular), mencionando o art. 1.242, parágrafo único do Código Civil.

Requerem o conhecimento e provimento do apelo para reformar a sentença e julgar procedentes os pedidos iniciais.

Contrarrazões às f. 417-440.

A ré/apelada manifestou-se contrária ao julgamento virtual do feito.

VOTO

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

Conforme relatado, trata-se de apelação cível interposta às f. 402-414 por Edenilson Natal de Carvalho e Kennyda Pereira Merlim dda 5ª Vara Cível da Comarca de Dourados, Dr. César de Souza Lima, que julgou improcedentes os pedidos por eles formulados na ação de usucapião ajuizada em face de Imobiliária Murakami LTDA.

Admissibilidade

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

Passo ao juízo de admissibilidade.

O recurso é tempestivo e os apelantes são beneficiários da assistência judiciária gratuita.

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

Como visto, pretendem os apelantes a declaração de domínio por usucapião do lote n.º 21, da quadra n.º 08, Jardim Murakami, Matrícula n.º 63.515 do Cartório de Registro de Imóveis de Dourados-MS.

O pedido foi julgado improcedente pelo douto juiz *a quo*, cuja sentença tem a seguinte fundamentação:

> *"(...) os usucapientes adquiriram o imóvel objeto da lide, conforme demonstra o contrato de compra e venda firmado em 9.5.1996 (f. 14-20). A Cláusula n.º 17.3 do contrato menciona a existência da Ação Anulatória n.º 95.200.2399-2 e que o vendedor se obrigava a reparar os compradores em caso de procedência da demanda, vejamos:*
>
> *'17.3 Tramita perante a 4ª. vara cível desta comarca sob nº 95.200.2399-2, ação visando anular as escrituras que transferiram o domínio do imóvel ora compromissado ao vendedor. Assim, aquele não se exime de efetuar o pagamento das prestações sob a alegação desse fato e, por seu turno, o vendedor se obriga, em caso de procedência de referida ação, após esgotados todos recursos cabíveis, a devolver os valores recebidos devidamente corrigidos pelo valor de mercado do imóvel' (f. 19).*
>
> *O questionamento do domínio do vendedor por força da ação anulatória, **com o conhecimento dos adquirentes sobre este fato**, lhes retira o justo título e a boa-fé. Ora, não é justa a venda de imóvel por quem não é seu dono, **nem tem boa-fé quem o adquire com ciência disso**. Leciona Benedito Silvério Ribeiro sobre o justo título e a boa-fé, confira:*
>
> *Estatui o art. 490, parágrafo único, do Código Civil de 1916 que o possuidor com justo título tem por si a presunção de boa-fé.*
>
> *O novo Código Civil repete o preceito do parágrafo único do art. 1.201.*
>
> *O justo título, aqui, não pode estar desprendido de boa-fé, dado que sem ambos não seria admissível usucapir ordinariamente.*
>
> *O prescribente deve invocar expressamente no pedido essa circunstância. A presunção, no entanto, é juris tantum, admitindo, pois, prova em contrário.*
>
> *Em contrapartida, o possuidor com justo título, tendo em seu favor a presunção de boa-fé, estará seguro para a prescrição de menor prazo. **Ao terceiro, contudo, caberá fazer a prova de que o prescribente não ostenta boa-fé e que tinha conhecimento de não ser justo o***

seu título. *Dessa forma, presumida a boa-fé, deve a má-fé ser sempre provada - nemo malus nisi probetur.*

É de alta importância que o título não demonstra o contrário, surgindo a má-fé, pois reputa-se de má-fé quem possui contra seu próprio título. Sem destaques no original (RIBEIRO, Benedito Silvério. Tratado de usucapião. São Paulo : Saraiva, 2003. p. 888-9. v. 2.)

Ademais, o ajuizamento de ação reinvidicatória ou anulatória pelo legítimo proprietário afasta a boa-fé dos adquirentes. Assim, ensina Benedito Silvério Ribeiro, litteris:

Entrementes, desde que não decorrido o prazo necessário à configuração de usucapião, tem-se que o legítimo proprietário (titular do registro junto ao Cartório de Registro de imóveis competente) poderá intentar a reivindicação ou ainda propor a nulidade de eventual venda, uma vez não realiza esta de forma legítima, podendo restar afastada a boa-fé do prescribente, seja com título válido na sua aparência, mas que não possibilite a transferência do domínio na sua integralidade, seja com título no sentido de iusta aquisitionis, hábil à prescrição extraordinária. (RIBEIRO, Benedito Silvério. Tratado de usucapião. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 893. v. 2.)

Em arremate, sem justo título e boa fé, impossível aos requerentes se valerem de usucapião ordinária. Sem os requisitos autorizadores para a aquisição, quais sejam, justo título e boa-fé, sem olvidar a ausência de posse mansa e pacífica, o pedido deve ser julgado improcedente.

II) Da usucapião extraordinária:

A usucapião extraordinária, exige a presença de posse mansa, pacífica, ânimo de dono e a continuidade da posse por 15 anos ou, em caso de residência habitual e obras de caráter produtivo, 10 anos, vejamos:

'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'.

Todavia, os usucapientes não comprovaram a posse mansa, pacífica e ininterrupta por 10 anos.

Os documentos acostados com a inicial ***não demonstram a posse contínua por 10 anos*** *e os requerentes não produziram prova testemunhal e não compareceram na audiência de instrução e julgamento (f. 364).*

Além disso, não detinham posse mansa e pacífica, como dito acima, ***pendia sobre o bem ação anulatória de ato jurídico e os requerentes tinham conhecimento deste fato*** *(f. 22), antes mesmo da aquisição (f. 32). Por oportuno, cumpre transcrever as lições de Carlos Roberto Gonçalves sobre o tema:*

'Segundo requisito da posse ***ad usucapionem*** *é que seja mansa e pacífica, isto é, exercida sem oposição. Se o possuidor não é molestado, durante todo o tempo estabelecido na lei, por quem tenha legítimo interesse, ou seja, pelo proprietário, diz-se que a sua posse é mansa e pacífica. Requer-se a ausência de contestação à posse, não para significar que ninguém possa ter dúvida sobre a conditio do possuidor, ou ninguém possa pô-la em dúvida, mas para assentar que a contestação a que se alude é a de quem tenha legítimo interesse, ou seja, da parte do proprietário contra quem se visa a usucapir. Todavia, se este tomou alguma providência na área judicial, visando a quebrar a continuidade da posse, descaracterizada fica a* ***ad usucapionem****. Providências extrajudiciais não significam, verdadeiramente, oposição. (...)'.*

Nessa linha, obtempera Tupinambá Miguel Castro Do Nascimento, com razão, que mesmo as oposições feitas na área judiciária devem ser sérias e procedentes. Não bastam processos judiciais, citações do possuidor e oposições definidas. O que importa é que a ação tenha seu término com o reconhecimento do direito de quem se opõe. Se a ação é julgada improcedente ao contrário do que se poderia argumentar, declara-se, à saciedade, que a oposição com existência formal não tinha conteúdo substancial. (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das coisas. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 308-10. v. 5. Livro digital.)

Edenilson Natal de Carvalho e Kennyda Pereira Merlim de Carvalho não tinham a posse mansa e pacífica do imóvel, pois era de conhecimento que a ação anulatória afetaria seus interesses. Cezar Peluso leciona:

Não basta qualquer ato de inconformismo por parte de interessados ou do titular do domínio. Estes atos não podem ser ilegais, por exemplo, a retomada violenta, repelida pelo usucapiente por meio da tutela possessória. ***Mesmo as oposições judiciais devem ser sérias e procedentes. Assim, eventuais ações possessórias ou reivindicatórias somente atingem a pacificidade da posse caso sejam julgadas procedentes.*** *A oposição deve ser feita antes da consumação do lapso prescricional da usucapião. (GODOY, Claudio Lufa Bueno de; et al. coordenação Cezar Peluso. Código civil comentado: doutrina e jurisprudência. 12. ed. rev. e atual.·Barueri -SP: Manole, 2018. p. 1.163).*

Nesta esteira, não preenchidos os requisitos indispensáveis para a usucapião ordinária ou extraordinária, os pedidos devem ser julgados improcedentes.

(...)

Por derradeiro, a ação judicial em que se discutia o domínio do imóvel impede o prazo prescricional aquisitivo, justamente porque ausente justo título e boa-fé." (G.n.)

O pedido de usucapião fundou-se no preenchimento dos requisitos da usucapião ordinária.

O douto juízo de primeiro grau, todavia, bem decidiu a espécie, pronunciando a improcedência dos pedidos contidos na inicial, e a r. Sentença deve ser mantida.

Os autores comprovaram que adquiriram a propriedade imóvel no ano de 1996 e registraram a escritura de compra e venda no ano de 1999, como se afere pelo contrato de compra e venda de f. 14-20 e escritura de f. 35-36.

Todavia, no corpo da mesma matrícula, antes do registro da aquisição do imóvel pelos autores da ação, já constava o registro da existência da ação anulatória proposta pela ré apelada Imobiliária Murakami LTDA., como se observa às f. 32:

Se os autores poderiam estar de boa-fé no momento da celebração do contrato de compra e venda, celebrado em 1996, por ocasião da outorga da escritura já não se pode fazer a mesma afirmação, eis que a Averbação de nº 02, acima, mostra que desde o ano de 1995 (antes, então, do próprio contrato de compra e venda), já pendia a ação anulatória proposta pela apelada.

Não se pode afirmar, assim, que os autores estivessem de boa-fé e, de rigor, desde a data da compra e venda, feita em 1996, já que pendente referida ação anulatória ajuizada em desfavor de Cássio Marques Correa Ferreira, de quem os autores adquiriram o bem, desde o registro 02 à margem da Matrícula 63.515 do RI de Dourados, datado de 01.08.1995, com o seguinte teor:

Av. nº 02- Mat.63.515-
De conformidade com o mandado de intimação, expedido em 27 de julho de 1995 dos autos nº 95.2002399-2, de Anulação de átos juridicos, movida por Imobiliária Murakami Ltda. contra Marcos Aurelio Zanella e s/m.Maria Aparecida Aquino Zanella; Agensul- Agencia de Cobrança Ltda; Cassio Marques Correia - Ferreira e s/m. Dione Therezinha de Pierr Correia, e que corre pela 4ª Vara Cível desta Comarca, procedo a averbação das citações dos requeridos, dou - fé.-Dourados, 02 de agosto de 1.995.-Eu , Escrevente Juramentada.-

Logo, o douto juízo agiu com acerto ao considerar os autores como não sendo adquirentes de boa-fé, ante o teor do registro do espelho imobiliário, acima transcrito, eis que tinham condições de saber, mediante simples consulta no mesmo registro, da existência da referida ação anulatória que foi, depois, julgada procedente para se anular o registro 01 dessa Matrícula 63.515 (f. 33):

AV. Nº 04 - Mat Nº 63.515 - Prot. 271949 aos 17/01/2007
Pelo mandado de cancelamento de registro em matrícula, firmado aos 06/12/2006, que tramita pela 4º Vara Civil desta Comarca, extraído dos autos nº 002.95.002399-2 de Ação Anulatória de Título, sentença proferida pelo MM juízes Desembargadores Ildeo de Souza Campos (presidente) e Josué de Oliveira (relator designado), por decisão procedo o CANCELAMENTO dos REGISTROS a margem desta matrícula retornando o imóvel ao domínio da **IMOBILIÁRIA MURAKAMI LTDA.**- Dourados-MS, 09 de Fevereiro de 2.007.- Eu Escrevente Autorizada.....

Mesmo tendo sido proposta ulteriormente ação rescisória do acórdão que manteve a sentença de procedência daquela anulatória, foi ela julgada também improcedente, como se afere da averbação 06 (f. 33):

AV. 05 - MAT. 63.515 - PROT. 287333 - 25/08/2008
De conformidade com pedido apresentado, com base no Decreto Lei 11382/06, procedo a aberbação da Existência de Ação Rescisória Extraida dos autos n. 2007.035726-1 da 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, originário do processo 002.95.002.3992 da 4ª Vara Cível, em que Cassio Marques Correa Ferreira e sua esposa Dione Therezinha de Pierre Correa, move contra Imobiliaria Murakami Ltda. Emolumentos R$ 30,00. Funjecc 3° R$ 0,90. Funjecc 10% R$ 3,00. Dourados, 10 de setembro de 2008.....
Eu , Escrevente Autorizada.....

AV. Nº 06 - Mat Nº 63.515 - Prot. 312766 aos 23/12/2010.
De conformidade com o ofício nº 9843/2010, expedido pelo Departamento dos Orgãos Julgadores do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, de Campo Grande-MS, firmado aos 01 de dezembro de 2010, extraído dos autos nº 2007.035726-1/0001.00 da Medida Cautelar Incidental em Ação Rescisória, e sentença proferida pela Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges, aos 26 de novembro de 2010, em Campo Grande-MS, **por decisão procedo o CANCELAMENTO da averbação nº 05 a margem desta matrícula.** Dourados-MS, 10 de janeiro de 2011. (AMR). Selo ADO 6171.
Eu Escrevente Autorizada.....

Embora a ação não tenha sido direcionada em face dos autores apelantes, posto que envolvia a aquisição perante um suposto adquirente anterior, que vendeu aos autores, a estes não era dado ignorar o que constava da matrícula e, assim, da existência da anterior ação anulatória, que colocava em risco a aquisição que então estavam fazendo.

Mais importante do que isto, outrossim, é o fato de que o juízo afirmou que os réus não produziram prova da alegada posse, e aqui não interessa o tempo, porque com a inicial afirmaram que estavam promovendo o pagamento dos impostos incidentes sobre o imóvel, da água e da luz.

Mas, como afirmou o douto juízo, não houve qualquer prova efetiva de que teriam de fato exercido posse sobre o bem, como a realização de algum tipo de construção, cercas, plantações ou qualquer algo do gênero, limitando-se às afirmativas da inicial, que não vieram acompanhadas de quaisquer provas, quer documental, quer testemunhal.

Na própria audiência de instrução e julgamento que foi designada, outrossim, os autores à mesma não compareceram e nenhuma testemunha que pudesse evidenciar os atos efetivos de posse, bem assim como o seu tempo, ali depôs. Sequer foram arroladas, como se infere dos autos às f. 364:

Poder Judiciário
Estado de Mato Grosso do Sul
Dourados
5ª Vara Cível

TERMO DE ASSENTADA

Data: 26/03/2019 às 16:30h
Autos nº 0811045-98.2013.8.12.0002 Usucapião/PROC
Autor: Edenilson Natal de Carvalho e Kennyda Pereira Merlim de Carvalho
Advogado: Dr. Fabio Alexandre Perez e Dr. Jacques Cardoso da Cruz
Requerido: Imobiliária Murakami LTDA
Advogados: Dr. Guilherme Calado da Silva e Dra. Renata Calado da Silva
Juiz: César de Souza Lima

PRESENTES:
O juiz, os advogados da requerida Dr. Guilherme Calado da Silva e Dra. Renata Calado da Silva. Ausentes os autores Edenilson Natal de Carvalho e Kennyda Pereira Merlim de Carvalho e seus advogados.

OCORRÊNCIAS:
Ausentes os autores Edenilson Natal de Carvalho e Kennyda Pereira Merlim de Carvalho e seus advogados.

DECISÃO:
Decidiu o MM. Juiz: "Dou por encerrada a instrução processual, sem requerimentos, apresentem as partes alegações finais em 15 dias, sucessivamente. Saem os presentes intimados". NADA MAIS. Eu, _____, Driely Gimenez Dias, Assistente de Gabinete, o digitei.

MM. Juiz: César de Souza Lima (assinado digitalmente).

Advogados:

Anteriormente, o juiz houvera facultado a produção de provas na audiência, como se infere deste despacho de f. 358:

Autos nº 0811045-98.2013.8.12.0002
Usucapião
Requerente: Edenilson Natal de Carvalho e Kennyda Pereira Merlim de Carvalho
Requerido: Imobiliária Murakami LTDA

Designo audiência de instrução, debates e julgamento para o dia **26 de março de 2018, às 16: 30 horas**, devendo as partes providenciarem a intimação de suas testemunhas, nos termos do art. 455 do CPC, sob pena de preclusão da prova oral.

Int.

Dourados, 31 de outubro de 2018.

Rubens Witzel Filho
Juiz de Direito

Não há notícia nos autos de que os autores teriam indicado testemunhas a serem ouvidas, sendo que nem mesmo estiveram presentes na audiência de instrução e julgamento, como acima se demonstrou.

Vale dizer, ao par de não estar por eles evidenciada a aquisição de boa-fé, ante a anterior existência da ação anulatória do Registro 01 da Matrícula 63.515, tal como consta do registro 02 ali lançado, os autores também não comprovaram o exercício real e efetivo de posse sobre o imóvel, limitando-se a querer provar os requisitos da usucapião, ainda que o tabular previsto no artigo 1242, parágrafo único, do CC, apenas com os documentos que instruíram a inicial, que não se prestam a tal fim, ou seja, pagamento do IPTU, água e luz.

Mesmo para esse espécie de usucapião é essencial a prova de que *"os possuidores tenham estabelecido sua morada no imóvel durante período razoável, pois com isso estará demonstrado o cumprimento da função social da coisa, ou, alternativamente, que tenham realizado investimentos de interesse social ou econômico, de vez que assim também restará patente o proveito surgido a partir da posse ad usucapionem exercida*[1]*."*

Daí porque com acerto o douto juízo consignou na r. Sentença:

> *"Todavia, os usucapientes não comprovaram a posse mansa, pacífica e ininterrupta por 10 anos.*
>
> *Os documentos acostados com a inicial* ***não demonstram a posse contínua por 10 anos*** *e os requerentes não produziram prova testemunhal e não compareceram na audiência de instrução e julgamento (f. 364).*
>
> *Além disso, não detinham posse mansa e pacífica, como dito acima,* ***pendia sobre o bem ação anulatória de ato jurídico e os requerentes tinham conhecimento deste fato*** *(f. 22), antes mesmo da aquisição (f. 32). Por oportuno, cumpre transcrever as lições de Carlos Roberto Gonçalves sobre o tema:*
>
> *'Segundo requisito da posse* ***ad usucapionem*** *é que seja mansa e pacífica, isto é, exercida sem oposição. Se o possuidor não é molestado, durante todo o tempo estabelecido na lei, por quem tenha legítimo interesse, ou seja, pelo proprietário, diz-se que a sua posse*

1 Cfe. MATIELLO, Fabrício Zamprogna. **Código civil comentado**. LTR, 2015. p. 639.

é mansa e pacífica. Requer-se a ausência de contestação à posse, não para significar que ninguém possa ter dúvida sobre a conditio do possuidor, ou ninguém possa pô-la em dúvida, mas para assentar que a contestação a que se alude é a de quem tenha legítimo interesse, ou seja, da parte do proprietário contra quem se visa a usucapir. Todavia, se este tomou alguma providência na área judicial, visando a quebrar a continuidade da posse, descaracterizada fica a ***ad usucapionem****. Providências extrajudiciais não significam, verdadeiramente, oposição. (...)'.*

Nessa linha, Obtempera Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, com razão, que mesmo as oposições feitas na área judiciária devem ser sérias e procedentes. Não bastam processos judiciais, citações do possuidor e oposições definidas. O que importa é que a ação tenha seu término com o reconhecimento do direito de quem se opõe. Se a ação é julgada improcedente ao contrário do que se poderia argumentar, declara-se, à saciedade, que a oposição com existência formal não tinha conteúdo substancial. (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das coisas. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. f. 308-10. v. 5. Livro digital)

Edenilson Natal de Carvalho e Kennyda Pereira Merlim de Carvalho não tinham a posse mansa e pacífica do imóvel, pois era de conhecimento que a ação anulatória afetaria seus interesses. Cezar Peluso leciona:

'Não basta qualquer ato de inconformismo por parte de interessados ou do titular do domínio. Estes atos não podem ser ilegais, por exemplo, a retomada violenta, repelida pelo usucapiente por meio da tutela possessória. ***Mesmo as oposições judiciais devem ser sérias e procedentes. Assim, eventuais ações possessórias ou reivindicatórias somente atingem a pacificidade da posse caso sejam julgadas procedentes.*** *A oposição deve ser feita antes da consumação do lapso prescricional da usucapião'. (GODOY, Claudio Lufa Bueno de; et. al. Coordenação Cezar Peluso. Código civil comentado: doutrina e jurisprudência. 12. ed., rev. e atual.·Barueri - SP: Manole, 2018. p. 1.163).*

Nesta esteira, não preenchidos os requisitos indispensáveis para a usucapião ordinária ou extraordinária, os pedidos devem ser julgados improcedentes." (G.n.)

O recurso de apelação não demonstrou o desacerto dessa r. Decisão, que foi bem delineada a partir das circunstâncias fáticas encontradas nos autos.

Para além da afirmação de que existia prévia ação em relação à qual os autores não poderiam alegar o desconhecimento, ante a realidade encontrada no registro de imóveis e já antes destacado, o douto juízo também fundamentou a improcedência na ausência de prova de posse, que restou inatacado pelos autores. Se existia ali uma moradia, como consta da afirmação do apelo (f. 406), esta não ficou provada, principalmente pelo fato de que os autores nem mesmo compareceram à audiência de instrução e julgamento, desinteressando-se pela sorte do processo.

Demais disso, no caso concreto, ante a cadeia dominial acima destacada, não era mesmo possível aos autores - embora não fizessem parte da ação anulatória - alegar boa-fé para fins de prescrição aquisitiva por justo título. E, sem justo título, não provaram os demais requisitos para a usucapião, quer a ordinária, quer a tabular.

Mesmo para a usucapião extraordinária, contado o prazo na forma do artigo 2029 do CC, os autores não demonstraram que teriam estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo, como alegam no apelo, posto que nada existe nos autos em tal sentido, senão que meras afirmações e recibos de pagamento de IPTU que não provam exercício de posse.

Na matrícula do imóvel não consta averbação da construção de qualquer natureza que evidenciasse a moradia habitual dos autores. Nem mesmo nos IPTUS juntados, de alguns exercícios somente, existe indicação de que ali haveria alguma espécie de construção civil.

Ou seja, como concluiu o douto juízo nenhuma prova do exercício da posse até então, pelo que a improcedência do pedido foi o caminho natural encontrado pelo douto juízo, com base no acervo probatório existente nos autos, ou melhor, pela falta dele, em ônus que cabia aos autores, na forma do artigo 333, I, do CC de 73 e 373, I, do CPC/15.

Caberia ao autor, então, provar os fatos constitutivos de seu direito, o que não fez, de sorte que, em consonância com o douto juízo *a quo,* não encontro elementos para concluir pela verdade de tais fatos, motivando a improcedência do pedido contido na exordial.

Moacyr Amaral Santos nos ensina[2]:

> *"Quem expõe uma pretensão em juízo deve provar os fatos que a sustentam; quem opõe uma exceção deve, por seu lado, provar os fatos dos quais resulta; em outros termos, quem aciona deve provar o fato ou fatos constitutivos; quem excetua o fato ou fatos extintivos ou condições impeditivas ou modificativas."*

Completa o pensamento argumentando que *"o ônus da prova incube tanto ao autor que apresenta um pedido ou pretensão, como ao réu que solicita seja o pedido ou pretensão rejeitado."*

Citando Mortara, o ilustre autor assevera que *"o critério da distribuição resulta do interesse da prova. Quem tem interesse de estabelecer um fato deve fornecer sua prova; e é evidente que tem interesse quem o expõe como fundamento de sua pretensão, isto é, do pedido ou da exceção[3]."*

Em seguida, ao transcrever o entendimento de Chiovenda, aponta que *"às partes cabe a tarefa de preparar o material necessário à instrução do processo, bem como a de deduzir e provar ao juízo aquilo que desejam seja por este ponderado ao proferir o julgamento. Para ele, o juiz não pode considerar circunstâncias que não resultem de fatos provados (judicet secundum allegata e probata; quod non est in actis non est in mundo)."*

Cândido Rangel Dinamarco preleciona:

> *"(...) a distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando a vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente.*
>
> *O juiz deve julgar secundum allegatta et probata partium e não secundum propriam 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 incumbe 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. RT, 1990. p. 312).

E em complemento, veja-se também o escólio doutrinário de Humberto Theodoro Júnior[4]:

> *"Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente."*

No caso vertente, os autores apelantes não se desincumbiram do ônus de provar o fato constitutivo de

2 *In* **Comentários ao CPC**. 1977. v. IV.

3 PATTI, Salvatori. Prove: Disposizioni generali. Bologna-Roma: Zanichelli e II Foro Italiano, 1987. *In:* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual de processo de conhecimento**. 5 ed. RT. p. 269.

4 **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. I, pág. 381

seu direito, *ex vi* do artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil/15, anterior art. 333, I, do CPC/73. Os fatos deduzidos na inicial não foram provados a quem incumbia a demonstração de sua existência e veracidade, para extrair daí o acolhimento da sua pretensão.

Resta assim a conclusão de que a r. Sentença deve ser mantida.

Posto isso, conheço do recurso de Edenilson Natal de Carvalho e Kennyda Pereira Merlim de Carvalho, e lhe nego provimento, mantendo *in totum* a r. Sentença.

Consequentemente, majoro os honorários advocatícios em sede recursal, fundado no artigo 85, § 11, do CPC, em 3% (três por cento), a serem acrescidos aos fixados em 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. 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, 27 de maio de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Dorival Renato Pavan
Agravo de Instrumento nº 1405061-46.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CAUTELAR ANTECEDENTE – PRETENSÃO DE CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA PARA POSTERGAÇÃO DE COBRANÇA DE ICMS POR 90 DIAS EM RAZÃO DE CRISE FINANCEIRA ACARRETADA PELA PANDEMIA COVID-19 – IMPOSSIBILIDADE – JUÍZO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO – NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA PARA CONCESSÃO DE SUSPENSÃO OU MORATÓRIA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 152 DO CTN – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

É pública e notória a ocorrência de grave crise econômica que assola o país em razão da pandemia causada pelo Covid-19, tendo ocorrido drástica redução de atividades comerciais e no consumo de forma generalizada. Entretanto, também é assente a conclusão de que os efeitos da pandemia estão sendo sentidos por toda a população, razão pela qual todas as medidas tomadas devem ser embasadas na proteção dos interesses da coletividade.

Não é possível autorizar, sem respaldo legal, a postergação de pagamento de impostos, vez que a forma de cobrança de tributos faz parte da discricionariedade administrativa, havendo limites para a atuação do judiciário neste sentido. Aliás, incide na espécie o princípio da estrita legalidade tributária, havendo previsão expressa no artigo 152 do CTN a respeito dos casos em que é possível a concessão de moratória, com a suspensão ou alargamento do prazo para o cumprimento da obrigação tributária principal.

Não demonstrado o preenchimento dos requisitos necessários para a concessão da tutela de urgência.

Decisão mantida. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 24 de junho de 2020.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Cervejaria Petrópolis S/A, Cervejaria Petrópolis do Centro Oeste LTDA, Cervejaria Petrópolis da Bahia LTDA, Cervejaria Petrópolis de Pernambuco LTDA, interpõem agravo de instrumento contra a decisão do juiz da 4ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande/MS, que em ação cautelar antecedente movida em face do Estado de Mato Grosso do Sul indeferiu a tutela provisória para postergar o vencimento dos recolhimentos de ICMS nos próximos 90 dias.

Defendem que todos os requisitos autorizadores para a concessão da tutela de urgência, já que a manutenção dos vencimentos do ICMS nos próximos 90 (noventa) dias ocasionará prejuízos de difícil reparação e a probabilidade do direito resta demonstrada, já que as requerentes tiveram queda vertiginosa em seus faturamentos e não conseguirão cumprir com todas as obrigações, incluindo a antecipação de férias de 10.000 (dez mil) funcionários em decorrência da paralisação parcial de suas atividades e manutenção do seu quadro de 26.000 (vinte e seis mil) funcionários.

Alegam que com o crescimento exponencial de casos do Covid-19 e gravidade do problema de saúde do pais, o Brasil decretou o estado de emergência na saúde pública, sendo sancionada a Lei n. 13.979/2020, estabelecendo medidas para enfrentamento da situação de emergência e decretada em 20/03 pelos Governos Federal e Estadual o estado de calamidade pública como consequência da propagação da pandemia do Coronavírus, tendo-se editado, na ocasião, o Decreto Legislativo 06/2020 e Decretos Estaduais, sendo notório que os efeitos de tais medidas paralisaram a atividade econômica do país, afetando de forma grave e extremamente penosa, o faturamento das empresas.

Salientam que dentre as medidas de restrição está o fechamento de estabelecimentos como bares, restaurantes e supermercados, bem como a suspensão de todos os eventos públicos e privados que aconteceriam nos próximos 2 meses (shows, teatros, eventos culturais), principal mercado e público consumidor dos produtos fabricados pela Requerente, circunstância que gerou queda vertiginosa em seu faturamento.

Defendem que há necessidade, assim, do equacionamento de seu setor financeiro, pois, sem faturamento não há como cumprir todas as obrigações. Por conseguinte, asseveram que devem se valer do disposto no Convenio ICMS CONFAZ 169, de 23 de novembro de 2017 que estabelece que, serão reabertos prazos para pagamentos de ICMS, sem quaisquer acréscimos, em casos de decretação de calamidade pública por autoridade competente.

Sustentam que e o próprio Presidente da República promoveu a suspensão das dívidas dos Estados perante o Governo Federal, conforme notícias amplamente divulgadas na mídia e que o Supremo Tribunal Federal, suspendeu (antes da decisão do Presidente da República) as parcelas da dívida do Estado de São Paulo perante a União no valor de R$ 1,2 bilhão, no entanto, até o presente momento o Estado de Mato Grosso do Sul não editou qualquer norma que estipule alterações nos prazos de vencimento do ICMS.

Aduzem que a pretensão é somente para adiar e não deixar de efetivar o pagamento dos impostos, da mesma forma como decidido em relação às dívidas dos Estados.

Salientam que em passado recente, quando também adveio a decretação do Estado de Calamidade, a Portaria do Ministério da Fazenda 12 de 2012, reconheceu as hipóteses em comento e prorrogou os tributos por 90 dias.

Alternativamente, requerem o afastamento da cobrança de eventuais multas e juros pelo período de 90 dias, em caso de eventual não pagamento.

Requerem a concessão de tutela antecipada recursal e, ao final, o provimento do recurso.

O recurso foi recebido às f. 34-36.

Contrarrazões às f. 40-49.

VOTO

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

Infere-se dos autos que os agravantes apresentaram tutela cautelar antecedente, com pedido de efeito ativo, com o fito de obter a suspensão dos vencimentos de ICMS por 90 dias após a revogação do estado

de calamidade pública decretado em consequência da propagação da pandemia de Covid-19, que se deu através do Decreto Legislativo nº 06/2020 e Decreto Estadual nº 15.396/2020. Para tanto, aduziram que após a ocorrência da situação narrada a atividade econômica do país está sofrendo imensos prejuízos, o comércio está fechado e pontos de venda estão paralisados, não havendo consumo. E que, diante do baixo faturamento das empresas, não possuem condições de cumprir todas as suas obrigações, devendo ser dada prioridade ao pagamento seus colaboradores.

Salientaram que o adiamento do recolhimento de tributos não é medida nova, vez já foi tomada em 2012, pelo Ministério da Fazenda, com a publicação da Portaria nº 12/2012, diante da ocorrência de caso fortuito. Alegaram, ainda, que houve determinação presidencial para suspensão das dívidas estaduais perante o Governo Federal e que a medida requerida é a medida é necessária a fim de se evitar a piora do cenário econômico do país e demissão em massa de seu quadro de funcionários.

Embasaram a urgência do pedido em futura ocorrência de estado de necessidade, impossibilidade de conduta diversa tomada por ela bem como caso fortuito e força maior e requereu a concessão da tutela de urgência para que seja declarada a suspensão dos vencimentos de ICMS por 90 dias após a revogação do estado de calamidade. Alternativamente, requereu que fossem afastadas eventuais cobranças de multa e juros pelo período de 90 dias, em caso de eventual não pagamento.

O douto magistrado indeferiu o pedido, pois entendeu que não estavam presentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência.

Eis o teor da decisão invectivada (f. 130-136 dos autos de origem):

> *"Cumpre inicialmente salientar que, sendo o pedido formulado com base no art. 305 do CPC, torna-se necessária a comprovação dos seguintes requisitos: indicação da lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, os quais o requerente logrou êxito em comprovar.*
>
> *Apesar disso, tenho que o pedido cautelar antecedente não comporta acolhimento por diversas razões, mormente ante o patente risco de dano inverso que a medida provocaria.*
>
> *Se não, vejamos.*
>
> *A um, ressalta-se que pública e notória a situação ímpar em que a sociedade mundial se encontra, assim como patente a aflição e preocupação da requerente (e todos os demais operadores das cadeias produtivas e prestadoras de serviços), tanto em seu âmbito econômico, quanto no social, haja vista se tratar de empresa de grande porte, com corpo de funcionários expressivo e igualmente expressivas obrigações sociais e tributárias.*
>
> *Neste viés, é relevante ponderar a magnitude do grupo empresarial que, embora possa estar sofrendo redução de consumo de seus produtos, com consequente diminuição da produção fabril, certamente possui retaguarda material a fim de suportar a oscilação proveniente da crise gerada pela pandemia do coronavírus.*
>
> *Igualmente importante apontar que o conglomerado de empresas do setor produtivo que compõe o pólo ativo fabrica e distribui produtos cujo consumo sequer chegou a se interromper (bebidas), eis que mantiveram-se em funcionamento ininterrupto os estabelecimentos comerciais na modalidade mercados e hipermercados, onde são comercializados (embora outros tantos tenham tido sua abertura ao público vedada, como bares e restaurantes).*
>
> *A dois, reconhece-se que a presente situação global sui generis impõe visão mais voltada ao coletivo, mitigando-se os interesses e direitos individuais (seja empresariais, seja das pessoas físicas), de sorte que os próprios indivíduos remanesçam, evitando-se o colapso total da sociedade e instituições que conhecemos.*
>
> *Neste aspecto, é de se lembrar a necessidade premente de equanimidade, simbolizada na balança de Themis com seus pratos em equilíbrio, donde aqueles que possuem melhores*

condições haverão de oferecer maiores sacrifícios do que aqueles em situação inferior, ao menos até que as circunstâncias sejam restituídas à normalidade ou, que uma nova normalidade se implante.

É certo que todos, indistintamente perderão algo, porém, para alguns a perda equivale, em termos empresariais, ao término de suas empresas, ao fim de suas atividades produtivas.

Tanto é que, uma das primeiras medidas de amparo adotadas pelo Governo Federal foi direcionada às empresas participantes do Simples Nacional (Resolução 152 e 154 do Ministério da Economia), retratando uma necessidade maior das pequenas empresas.

A três, é com base neste raciocínio que o argumento sustentado pela requerente, ao menos em sede cautelar, de se encontrar em estado de necessidade, não justifica ou permite o deferimento de seu pedido de obter a prorrogação do vencimento de ICMS ou a elisão antecipada dos efeitos da mora.

Isto porque é constituída de grande grupo de empresas, além do que o estado de necessidade e o iminente perigo de dano não está circunscrito somente à requerente, às empresas e às industrias, mas também ao requerido, que pelo seu dever constitucional de garantir à população proteção e saúde de forma integral, tem dispensado grande monta dos recursos existentes e disponíveis para as ações de combate ao Covid-19, isto sem olvidar a manutenção das demais atividades estatais.

A quatro, vislumbra-se que, de fato, estamos sob a influência da ocorrência de caso fortuito ou força maior, posto totalmente imprevisíveis os efeitos nefastos da existência e disseminação do novo vírus, situação esta que tem como consequência jurídico-material o impedimento de cumprimento de certa prestação, ou a não responsabilização do devedor pelos prejuízos resultantes.

Ocorre que, diferentemente do que faz crer a requerente, a força maior ou caso fortuito não teve origem em ação humana ou ato da autoridade.

O que o Decreto Legislativo nº 06/2020 (e outros tantos editados a nível federal, estadual e municipal) fez foi somente formalizar condições já em trâmite no campo fático-social, submetendo também o requerido às adversidades da ocorrência do caso fortuito ou força maior trazidas pela pandemia de Covid-19.

Certo é que existe uma cadeia por onde os recursos financeiros circulam (existindo em casa fase um credor e devedor), sendo temerário invocar ordem que impeça esse fluxo normal, consistente na suspensão por certo período de tempo do recolhimento do principal tributo estadual, principalmente nesta fase em que o Poder Público deve atuar de forma incisiva a fim de garantir a saúde de seus cidadãos.

A cinco, cumpre anotar também que a hipótese discute relação tributária, regida por princípios diversos daqueles orientadores das relações obrigacionais particulares, notadamente porque envolvem a subsistência do Estado (como organização social e política), já que a maior parte de seus recursos provém da arrecadação tributária.

Assim, alijando a Administração de uma de suas fontes de recursos mais importante, há visível e patente risco inverso de inviabilizar-se a atuação em prol do interesse público, entendido este como o pronto atendimento aos integrantes de sociedade, mesmo que seja por certo período de tempo.

Consigna-se que o equilíbrio e a proporcionalidade devem ser norteadores das decisões judiciais neste momento, o que não implica dizer que, em sede de tutela definitiva, não seja viável elidirem-se eventuais efeitos da mora, caso reste inviável o recolhimento tributário.

A seis, e em outros termos, embora descabida a pretensão de obstaculizar ou retardar

o recolhimento dos tributos, ou mesmo de vedar, ab initio os efeitos de eventual mora, é caso de, normalizada (ou ao menos estabilizada) a situação social, se discutirem estes efeitos em cognição vertical e horizontal plena e exaurente, caso a mora se concretize.

A sete, salienta-se que a requerente já obteve certo respiro econômico, de forma a garantir os salários dos empregados, amparada tanto pelo retorno gradual das atividades comerciais, quanto pelas medidas adotadas pelo Poder Executivo Federal.

Neste sentido, vejamos:

Concedeu-se o adiamento do pagamento do PIS, Pasep, Cofins e contribuição para a previdência, através da Instrução Normativa nº 1.932 da Receita Federal e Portaria nº 139 e 150 do Ministério da Economia. Regras trabalhistas foram estipuladas para superar a crise, através das Medidas Provisórias nº 927 e 936, por meio das quais, inclusive houve também o adiamento do pagamento de FGTS e redução ou suspensão da jornada de trabalho com a concessão do benefício emergencial.

Abriram-se linhas de crédito em condições especiais, junto à Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil e BNDES, prorrogação do prazo de validade das Certidões CND e CPEND, além de outras.

Vê-se, portanto que, a atuação do poder competente houve por bem beneficiar a requerente, abrandando os inegáveis danos (sofridos por toda a sociedade), e restabelecendo certo equilíbrio.

Desta feita, conceder a medida pretendida não se mostra proporcional face aos benefícios já concedidos figurando, bize-se, perigosa e incerta a atuação do Poder Judiciário em área de notável política pública, principalmente por envolver recursos financeiros já orçados e em planejamento, cuja ausência poderia comprometer toda a atuação do requerido para manter suas atividades e, principalmente, garantir tratamento à população infectada.

Assim sendo, e considerando que a grave situação instaurada pela pandemia do novo coronavírus, entendida como situação de caso fortuito ou força maior, atingiu todos os indivíduos, instituições de todos os cantos do mundo, bem como a patente possibilidade econômica da requerente e benefícios já concedidos pelo Poder Executivo competente para tanto; e ante a necessidade indubitável do Estado em manter seus recursos financeiros, através da arrecadação de tributos, a fim de garantir as ações necessárias para o combate ao coronavírus, o pedido de tutela cautelar não comporta acolhimento.

Neste mesmo sentido, inclusive, já vem se manifestando os Tribunais que tiveram a oportunidade de enfrentar a matéria:

Agravo de Instrumento interposto contra decisão que, em Mandado de Segurança impetrado pela ora agravante, não deferiu medida liminar, pleiteada para suspender a exigibilidade da obrigação de recolhimento do ICMS por parte da impetrante, bem como de obrigações acessórias correlatas, durante a pandemia ocasionada pelo Covid-19. Inviabilidade. Hipótese em que não se justifica a pretendida suspensão liminar da exigibilidade do pagamento do tributo, pena de grave lesão à ordem pública, à economia e à segurança pública, além de importar em incursão do Judiciário em seara afeta a outros Poderes de Estado. Tudo de molde a concluir ser caso de manutenção da decisão impugnada. Recurso improvido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2070690-25.2020.8.26.0000; Relator (a): Aroldo Viotti; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/ Acidentes - 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/01/2012; Data de Registro: 20/04/2020)

Isto posto, e pelo mais que dos autos consta, hei por bem indeferir o pedido de tutela de urgência de natureza cautelar pretendida na petição inicial. Cite-se o requerido para, no prazo de 5 (cinco) dias, contestar o pedido cautelar por ora apresentado e indicar as provas que pretende produzir (art. 306, CPC).”

Contra essa decisão insurgem-se as agravantes.

Defendem que todos os requisitos autorizadores para a concessão da tutela de urgência, já que a manutenção dos vencimentos do ICMS nos próximos 90 (noventa) dias ocasionará prejuízos de difícil reparação e a probabilidade do direito resta demonstrada, já que as Requerentes tiveram queda vertiginosa em seus faturamentos e não conseguirão cumprir com todas as obrigações, incluindo a antecipação de férias de 10.000 (dez mil) funcionários em decorrência da paralisação parcial de suas atividades e manutenção do seu quadro de 26.000 (vinte e seis mil) funcionários.

Tecem argumentos sobre a situação fática existente e as medidas de contenção, aduzindo que é sendo que os efeitos de tais medidas paralisaram a atividade econômica do país, afetando de forma grave e extremamente penosa, o faturamento das empresas.

Defendem que há necessidade, assim, do equacionamento de seu setor financeiro, pois, sem faturamento não há como cumprir todas as obrigações. Aduzem que a pretensão é somente para adiar e não deixar de efetivar o pagamento dos impostos, da mesma forma como decidido em relação às dívidas dos Estados.

Alternativamente, requerem o afastamento da cobrança de eventuais multas e juros pelo período de 90 dias, em caso de eventual não pagamento.

O recurso não merece provimento.

De fato é pública e notória a ocorrência de grave crise econômica que assola o país em razão da pandemia causada pelo Covid-19, tendo ocorrido drástica redução de atividades comerciais e no consumo de forma generalizada. Entretanto, também é assente a conclusão de que os efeitos da pandemia estão sendo sentidos por toda a população, não sendo possível proteger os interesses de apenas parcela dos envolvidos.

Deveras, conforme muito bem pontuado pelo douto magistrado, a situação específica e peculiar em que o mundo se encontra enseja o uso de uma visão voltada para o coletivo, vez que a crise gerada traz danos para a sociedade como um todo.

E neste viés, duas circunstâncias deverão ser consideradas: a) o grande porte do conglomerado de empresas, aqui agravantes, e sua capacidade econômica para atravessar a crise; b) os efeitos gerados à população pelo não pagamento de impostos validamente cabíveis, notadamente, no combate nos efeitos deletérios trazidos pela crise aos menos favorecidos, tanto na área da saúde, quanto nas demais áreas abrangidas pelo conceito de mínimo existencial.

Também é necessário considerar que o Poder Público, ciente dos efeitos da pandemia nos setores de comércio e produção, implementou uma série de medidas para minimizar os danos incidentes na economia e auxiliar a continuidade das empresas, como por exemplo a flexibilização de algumas regras trabalhistas e abertura de crédito. Assim, diante da existência de uma atuação positiva, tenho que qualquer benesse específica à determinada empresa acarretaria ofensa ao princípio da isonomia e implementação de tratamento discrepante entre contribuintes categorizados por uma mesma hipótese de incidência.

Ademais, e este é o ponto nodal a ser considerado na análise do pedido, não é possível autorizar, sem respaldo legal, a postergação de pagamento de impostos, vez que a forma de cobrança de tributos faz parte da discricionariedade administrativa, havendo limites para a atuação do judiciário neste sentido.

Aliás, incide na espécie o princípio da estrita legalidade tributária, havendo previsão expressa as respeito dos casos em que é possível a concessão de moratória, com a suspensão ou alargamento do prazo para o cumprimento da obrigação tributária principal.

É o que se extrai da redação do o artigo 152 do Código Tributário Nacional:

"Art. 152. A moratória pode ser concedida:

I - em caráter geral:

a) pela pessoa jurídica de direito público competente para instituir o tributo a que se refira:

b) pela União, quanto a tributos de competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, quando simultaneamente concedida quanto aos tributos de competência federal e às obrigações de direito privado;

II- em caráter individual, por despacho da autoridade administrativa, desde que autorizada por lei nas condições do inciso anterior.

Parágrafo único. A lei concessiva de moratória pode circunscrever expressamente a sua aplicabilidade à determinada região do território da pessoa jurídica de direito público que a expedir, ou a determinada classe ou categoria de sujeitos passivos."

De fato, a decisão judicial não pode substituir a Administração na análise da conveniência e oportunidade para estabelecimento de forma e prazo de recebimento de valores referentes à tributos devidamente instituídos e devidos, vez que somente aquela possui elementos técnicos suficientes para aferir o preenchimento ou não dos requisitos necessários para concessão de alargamento de prazo para o adimplemento das obrigações.

Neste sentido a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme se infere dos arestos abaixo colacionados:

"APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA. ***Impetrante que pretende a concessão de provimento jurisdicional que, em razão da pandemia do Sars-CoV-2, impeça a autoridade impetrada de exigir o cumprimento de obrigações tributárias por 180 dias, a contar de março de 2020 – Existência de medidas administrativas voltadas a suavizar os impactos narrados – Ausência de elementos suficientes a indicar a existência do direito líquido e certo invocado – Recurso não provido.*** *"* (TJSP; Apelação Cível 1017956-52.2020.8.26.0053; Relator (a): Aliende Ribeiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 2ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 12/06/2020; Data de Registro: 12/06/2020). G.n.

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – ICMS – COVID-19. ***Suspensão do pagamento em razão das restrições às atividades econômicas. Hipótese de moratória. Necessidade de lei. Art. 152 do CTN.*** *Não demonstração da probabilidade do direito líquido e certo arguido. Medida liminar indeferida. Recurso improvido."* (TJSP; Agravo de Instrumento 2098275-52.2020.8.26.0000; Relator (a):Luis Fernando Camargo de Barros Vidal; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes -9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/06/2020; Data de Registro: 11/06/2020). G.n.

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – PRETENSÃO DE SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS EM RAZÃO DA PANDEMIA COVID-19 – LIMINAR INDEFERIDA – AUSÊNCIA DE REQUISITOS LEGAIS – DECISÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. ***É inviável a concessão de medida liminar em mandado de segurança, para suspensão da exigibilidade de créditos tributários em razão da pandemia Covid-19, embasada genericamente na crise econômica, observada a inexistência de norma jurídica que embase a pretensão formulada.*** *"* (TJSP; Agravo de Instrumento 2102331-31.2020.8.26.0000; Relator (a): Vicente de Abreu Amadei; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 5ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/06/2020; Data de Registro: 10/06/2020). G.n.

"AGRAVO – REQUERIMENTO CAUTELAR ANTECEDENTE - ISS DE 2015 E 2016 OBJETO DE ACORDO DE PARCELAMENTO – MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – LIMINAR DO D. JUIZ PLANTONISTA PARA SUSPENDER, POR 90 DIAS, PAGAMENTO

DE PARCELAS VINCENDAS – CASSAÇÃO. Cabimento, pois: a) faltam indícios probatórios suficientes da alegada impossibilidade financeira de prosseguir com o pagamento; b) medida idêntica foi negada pelo juízo ordinário, o que evidencia não se tratar de questão afeta ao juízo plantonista; ***c) moratória tributária é concedida pela autoridade administrativa e se autorizada em lei específica (CTN, art. 151, II, e 97, VI; CF, art. 150, § 6º, CF), o que não foi observado ao caso - Precedentes; d) no embate entre o interesse privado e o interesse público primário, prevalece este último, que resguarda o interesse de toda a coletividade, especialmente em momento de pandemia causada pela COVID-19*** *. Recurso do município provido para cassar a liminar concedida na origem."* (TJSP; Agravo de Instrumento 2066427-47.2020.8.26.0000; Relator (a): Rodrigues de Aguiar; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 1ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/06/2020; Data de Registro: 10/06/2020). (G.n.)

Dentro desta perspectiva, em que pese a ciência das dificuldades enfrentadas pelas empresas agravantes diante da crise econômica, a inexistência de lei específica para tutelar a situação originada pela pandemia Covid-19, no que concerne à cobrança de ICMS, não sendo possível, portanto, que decisão judicial substitua a Administração Pública na análise da possibilidade de alteração do prazo e forma de pagamento do imposto.

Neste viés, também não é possível a realização de qualquer juízo de valor a respeito da possibilidade de suspensão de incidência de eventuais multas e juros, vez que tal matéria também deve ser regulada por meio de lei.

Por conseguinte, não se mostram presentes os requisitos para a concessão da tutela de urgência pleiteada, razão pela qual a manutenção do indeferimento do pedido é medida que se impõe.

Ante o exposto, conheço do recurso de Cervejaria Petrópolis S/A, Cervejaria Petrópolis do Centro Oeste LTDA, Cervejaria Petrópolis da Bahia LTDA, Cervejaria Petrópolis de Pernambuco LTDA, mas lhe nego provimento, mantendo inalterada a decisão invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 24 de junho de 2020.

***

Órgão Especial
Relator Des. Eduardo Machado Rocha
Direta de Inconstitucionalidade nº 2001062-70.2019.8.12.0000 – Tribunal de Justiça

EMENTA – MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL QUE CRIA O FUNDO ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL E IMPÕE AÇÕES DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL A SEREM PROMOVIDAS PELA 2ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO MEIO AMBIENTE DA COMARCA DE BATAGUASSU – ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL – VÍCIO DE INICIATIVA – SUSPENSÃO DO ATO NORMATIVO – POSSIBILIDADE – PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA CAUTELAR – DEFERIMENTO DA MEDIDA.

A concessão de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade deve estar amparada na plausibilidade do direito material invocado (*fumus boni iuris*) e no perigo da demora (*periculum in mora*). Presentes os requisitos, o deferimento do pedido cautelar é medida que se impõe.

Ao menos em sede de cognição sumária, a Lei Municipal nº 2.585/2019, que criou o Fundo Especial de Fiscalização Ambiental no Município de Bataguassu padece de vício formal de inconstitucionalidade, porquanto versou sobre matérias dispostas nos artigos 128, § 5º, da Constituição Federal e 128, *caput*, da Constituição Estadual – cuja iniciativa compete ao Procurador-Geral de Justiça-, motivo pelo qual impõe-se a suspensão do ato.

O *periculum in mora* é evidente na medida que os efeitos do ato impugnado interferirão diretamente na organização institucional do Ministério Público, fazendo-se imprescindível conceder a liminar para evitar a ineficácia da ordem que vier a ser concedida, afastando, assim, o risco ao resultado útil do processo e/ou da possível irreparabilidade da lesão.

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 defereriram a medida cautelar, nos termos do voto do relator. Absteve-se de votar o Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 4 de março de 2020.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

O Ministério Público Estadual, por seu Procurador-Geral de Justiça ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra o Município de Bataguassu, arguindo a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.585/2019, que cria o fundo especial de fiscalização ambiental e dá outras providências.

Alega que o inciso III do § 2° do artigo 1º e o inciso II do artigo 2º da Lei nº 2.585/2019, que disciplinam atribuições dirigidas à 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Bataguassu, padece de inconstitucionalidade formal, pois extrapolaram regras de competência prevista no artigo 17, incisos I e II da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que reproduz o artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal.

Explica que a Lei Municipal nº 2.585/2019, ao estabelecer regras de atribuição relacionadas a órgão de execução do Ministério Público, impondo *"ações de educação ambiental a serem promovidas pela 2ª Promotoria de Justiça de Meio Ambiente da Comarca de Bataguassu"* e determinando que referida Promotoria celebre *"parceria com entidades civis e com o Município de Bataguassu"* e direcione ao FEFA *"os valores de multas e demais sanções de natureza ambiental decorrentes das ações fiscalizatórias das quais derivem a realização de termos de ajustamento de conduta ou de proposituras de ações civis públicas intentadas pelo Ministério Público",* extrapolou os limites do peculiar interesse local, porquanto estabeleceu norma sobre questão que não lhe era permitido regular, em inequívoca invasão do legislador municipal à competência legislativa privativa de Poderes do Estado.

Defende que o ato impugnado padece de vício de iniciativa, porque o artigo 61, § 1º, inciso II, alínea "d", da Constituição Federal reservou ao Presidente da República a iniciativa de leis que disponham sobre organização do Ministério Público Federal e sobre normas gerais de organização do Ministério Público dos Estados.

Preceitua que o artigo 128, § 5º, da Constituição Federal estabelece que a organização, as atribuições e o estatuto de cada *Parquet* serão instituídos mediante lei complementar de iniciativa do respectivo Procurador-Geral.

Sustenta inconstitucionalidade material por afronta aos princípios da autonomia e independência funcional do Ministério Público.

Requer a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia do inciso III do § 2º do artigo 1º e do inciso II do artigo 2º da Lei nº 2.585/2019.

Ponha-se em mesa para a próxima sessão, independentemente de pauta, na forma do § 1º do art. 517 do Regimento Interno desta Corte c/c o § 3º do art. 10 da Lei n. 9.868, de 10.11.99, encaminhando-se cópia deste para os demais Desembargadores.

VOTO (EM 11/12/2019)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

O Ministério Público Estadual, por seu Procurador-Geral de Justiça ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra o Município de Bataguassu, arguindo a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 2.585/2019, que cria o fundo especial de fiscalização ambiental e dá outras providências.

Alega que o inciso III do § 2° do artigo 1º e o inciso II do artigo 2º da Lei nº 2.585/2019, que disciplinam atribuições dirigidas à 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Bataguassu, padece de inconstitucionalidade formal, pois extrapolaram regras de competência prevista no artigo 17, incisos I e II da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, que reproduz o artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal.

Explica que a Lei Municipal nº 2.585/2019, ao estabelecer regras de atribuição relacionadas a órgão de execução do Ministério Público, impondo *"ações de educação ambiental a serem promovidas pela 2ª Promotoria de Justiça de Meio Ambiente da Comarca de Bataguassu"* e determinando que referida Promotoria celebre *"parceria com entidades civis e com o Município de Bataguassu"* e direcione ao FEFA *"os valores de multas e demais sanções de natureza ambiental decorrentes das ações fiscalizatórias das quais derivem a realização de termos de ajustamento de conduta ou de proposituras de ações civis públicas intentadas pelo Ministério Público",* extrapolou os limites do peculiar interesse local, porquanto estabeleceu norma sobre questão que não lhe era permitido regular, em inequívoca invasão do legislador municipal à competência legislativa privativa de Poderes do Estado.

Defende que o ato impugnado padece de vício de iniciativa, porque o artigo 61, § 1º, inciso II, alínea "d", da Constituição Federal reservou ao Presidente da República a iniciativa de leis que disponham

sobre organização do Ministério Público Federal e sobre normas gerais de organização do Ministério Público dos Estados.

Preceitua que o artigo 128, § 5º, da Constituição Federal estabelece que a organização, as atribuições e o estatuto de cada *Parquet* serão instituídos mediante lei complementar de iniciativa do respectivo Procurador-Geral.

Sustenta inconstitucionalidade material por afronta aos princípios da autonomia e independência funcional do Ministério Público.

Requer a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia do inciso III do § 2º do artigo 1º e do inciso II do artigo 2º da Lei nº 2.585/2019.

Assim preceitua o artigo 10, § 3º, da Lei n. 9.868/99, que trata sobre a Medida Cautelar em ação Direta de Inconstitucionalidade:

> *"Art. 10 - Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º* ***- Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado****."* Destaquei

Por sua vez, disciplina o art. 517, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal:

> *"Art. 517. A medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Órgão Especial, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão se pronunciar sobre o pedido cautelar no prazo de cinco dias.*
>
> ***§ 1º Em caso de urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado, cujo julgamento será feito independentemente de pauta.****"* Grifo nosso

Conforme se percebe, a lei autoriza o magistrado, nos casos urgentes, a deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

Assim, com suporte nos dispositivos acima elencados, passo à análise do pedido cautelar sem audiência prévia das partes em razão da urgência que o caso requer.

Como cediço, a suspensão cautelar da norma exige a indispensável demonstração da simultânea presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, conforme lição de Clémerson Merlin Clève1:

> *"O STF define a medida cautelar como providência excepcional, devendo a excepcionalidade da medida ser considerada como um expressivo fator limitativo de sua concessão. Afinal, os atos estatais gozam de presunção juris tantum de legitimidade (rectius, constitucionalidade).*
>
> *Exige o STF, para a concessão da medida cautelar, a satisfação simultânea de certos requisitos, que se expressam, (a) na plausibilidade jurídica da tese exposta (fumus boni iuris), (b) na possibilidade de prejuízo decorrente do retardamento da decisão postulada (periculum in mora), (c) na irreparabilidade ou insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos impugnados; e (d) na necessidade de garantir a ulterior eficácia da decisão."* (A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 234-236)

E ainda, no que toca à concessão de cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, a doutrina pátria entende ser medida extrema, pois há presunção juris tantum da constitucionalidade da legislação, conforme esclarece Alexandre de Moraes:

> *"O art. 102, I, p, da Constituição Federal, prevê a possibilidade de solicitação de medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade, necessitando, porém, de comprovação de perigo de lesão irreparável, uma vez tratar-se de exceção ao princípio segundo o qual os atos normativos são presumidamente constitucionais, pois, conforme ensinamento de Paulo Brossard, segundo axioma incontroverso, a lei se presume inconstitucional. A lei se presume constitucional, porque elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, isto é, por dois dos três poderes, situados no mesmo plano que o Judiciário."* (Direito constitucional. 24. ed. p. 747)

No caso, constato os pressupostos autorizadores da pretendida medida.

A Lei Municipal nº 2.585/2019, que cria o Fundo Especial de Fiscalização Ambiental e dá outras providências, contém a seguinte redação na parte que interessa:

> *"Artigo 1º - Fica instituído o Fundo Especial de Fiscalização Ambiental (FEFA), gerido a âmbito do Poder Executivo, com a finalidade de garantir o uso do recurso financeiro, oriundo do acordo de composição extrajudicial celebrado pelo Ministério Público Estadual e a CESP – Companhia Energética do Estado de São Paulo.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º - Os recursos que compõem o Fundo serão utilizados:*
>
> *(...)*
>
> *III – na aquisição de bens e serviços, incluindo ações de educação ambiental a serem promovidas pela 2ª Promotoria de Justiça de Meio Ambiente da Comarca de Bataguassu mediante parceria com entidades civis e com o Município de Bataguassu.*
>
> *(...)*
>
> *Artigo 2º - Constituem recursos do FEFA:*
>
> *(...)*
>
> *II – os valores de multas e demais sanções de natureza ambiental decorrente das ações fiscalizatórias das quais derivem a realização de termos de ajustamento de conduta o de proposituras de ações civis públicas intentadas pelo Ministério Público e pelo Município, na Comarca de Bataguassu."*

Como se constata, o ato atacado cria o Fundo Especial de Fiscalização Ambiental e impõe à 2ª Promotoria de Justiça do Meio Ambiente da Comarca de Bataguassu a realização de ações de educação ambiental, determinando ainda que referida Promotoria celebre parceria com entidades civis e com o Município de Bataguassu.

Referida legislação, ainda, direciona ao Fundo Especial de Fiscalização Ambiental os valores de multas e demais sanções de natureza ambiental decorrentes das ações fiscalizatórias das quais derivem a realização de termos de ajustamento de conduta ou de proposituras de ações civis públicas intentadas pelo Ministério Público.

Contudo, referido ato normativo, ao menos nessa fase preliminar, padece de vício formal de iniciativa, na medida que o artigo 61, § 1º, inciso II, alínea "d", da Constituição Federal reservou ao Presidente da República a iniciativa de leis que disponham sobre organização do Ministério Público Federal e sobre normas gerais de organização do Ministério Público dos Estados, *verbis*:

> *"Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.*
>
> *§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:*
>
> *(...)*
>
> *II - disponham sobre:*
>
> *(...)*
>
> *d) organização do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, bem como normas gerais para a organização do Ministério Público e da Defensoria Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios."*

Ademais, os artigos 128, § 5º, da Constituição Federal e 128, *caput*, da Constituição Estadual, estabelecem que a organização, as atribuições e o estatuto de cada *Parquet* serão instituídos mediante lei complementar de iniciativa do respectivo Procurador-Geral, vejamos:

> *"Art. 128 CF/88. O Ministério Público abrange:*
>
> *(...)*
>
> *§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:*
>
> *Art. 128 CE/MS - O Ministério Público será organizado por lei complementar de iniciativa facultada ao Procurador-Geral de Justiça, a qual disporá sobre sua organização e funcionamento, assegurada sua autonomia funcional, financeira e administrativa, observado o seguinte: (...)."*

Destarte, nesse momento, vislumbro o alegado vício de iniciativa, fazendo-se presente o requisito do *fumus boni iuris.*

O *periculum in mora*, por sua vez, é evidente na medida que os efeitos do ato impugnado interferirão diretamente na organização institucional da parte autora, fazendo-se imprescindível conceder a liminar para evitar a ineficácia da ordem que vier a ser concedida, afastando, assim, o risco ao resultado útil do processo e/ou da possível irreparabilidade da lesão.

Sobre o tema:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – MUNICÍPIO DE CANGUÇU – LEI MUNICIPAL QUE CRIOU ATRIBUIÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO – VÍCIO FORMAL E MATERIAL EVIDENCIADOS NA ESPÉCIE – VIOLAÇÃO À AUTONOMIA ADMINISTRATIVA DO PARQUET – INICIATIVA PRIVATIVA DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE – UNÂNIME."* (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70071607428, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, Julgado em 26/06/2017).

Pelo exposto, defiro a concessão da cautelar para suspender a eficácia do inciso III do § 2º do artigo 1º e do inciso II do artigo 2º, todos da Lei Municipal nº 2.585/2019.

Notifique-se o Município de Bataguassu, na pessoa de seu Procurador, para que se manifeste no prazo de 30 (trinta) dias (RITJMS, art. 519, *caput*; Lei n. 9.868/99, art. 6º, *caput*, e parágrafo único).

Após, colham-se o parecer ministerial no prazo de quinze dias. (art. 522 RITJMS)

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (5º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (7º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (8º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (10º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (11º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (12º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (13º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (14º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Julgamento adiado para próxima sessão (05.02.20) em face do pedido de vista do Des. Sideni Soncini Pimentel, após o relator e os demais membros deferirem a medida cautelar. Ausentes, justificadamente, os desembargadores Paschoal Carmello Leandro e Carlos Eduardo Contar.

VOTO (EM 04/03/2020)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (8º Vogal)

Justifico o pedido de vista na necessidade de estudo e reflexão sobre a matéria.

Cuida-se de pedido de concessão de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra os disposto no inciso III, do § 2º, do art. 1º, e do inciso II, do art. 2º, da Lei Municipal n. 2.585/2019, de Bataguassu, que criou o *"Fundo Especial de Fiscalização Ambiental"*. Alega a *"inconstitucionalidade formal, eis que extrapolam as regras de iniciativa, previstas no art. 17, incisos I e II, da Constituição Estadual."*

O ilustre relator, Desembargador Eduardo Machado Rocha, votou pelo deferimento da cautelar para suspender a eficácia dos dispositivos mencionados.

Bem analisados os elementos constantes dos autos, cheguei às mesmas conclusões exaradas por Sua Excelência.

A Constituição Estadual, em ser art. 128, *caput*, estabelece que:

> *"O Ministério Público será organizado por lei complementar de iniciativa facultada ao Procurador-Geral de Justiça, a qual disporá sobre sua organização e funcionamento, assegurada sua autonomia funcional, financeira e administrativa, observado o seguinte:"*

Mesma regra contida no art. 128, § 5º, da Constituição Federal:

> *"§ 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:"*

Referidos dispositivos guardam estrita pertinência com o princípio da separação dos Poderes, positivado no art. 2º, da Constituição Federal. A independência e harmonia entre Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário significa que compete a cada um organizar sua estrutura, contratar servidores, estabelecer horários de expediente, vantagens e benefícios remuneratórios etc., nos limites da constituição Federal.

Por essa razão é que a Constituição Federal estabelece a competência do Supremo Tribunal Federal para iniciativa de lei complementar dispondo sobre o estatuto da magistratura; aos tribunais superiores a iniciativa das leis de alteração do número de membros, criação e extinção de cargos, fixação de vencimentos etc. O mesmo caso aplica-se aos Ministérios Públicos Estaduais, sempre observando os limites constitucionais.

À luz destas considerações, entendo inarredável o reconhecimento da plausibilidade do direito invocado na inicial, no sentido de invasão de competência do Poder Legislativo municipal para iniciativa de lei versando sobre a organização e atribuições do Ministério Público.

A propósito do tema, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

> *"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONSTITUCIONAL – LEIS 8.071/2018 E 8.072/2018 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – CONCESSÃO DE BENEFÍCIO REMUNERATÓRIO PARA RECOMPOSIÇÃO DO PODER AQUISITIVO DAS REMUNERAÇÕES DOS SERVIDORES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFENSORIA PÚBLICA – ART. 37, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – MATÉRIA RESERVADA À INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – PRECEDENTES – MEDIDA CAUTELAR CONFIRMADA – AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A concessão de benefício remuneratório fundada no art. 37, X, da CF, para recomposição do poder aquisitivo das remunerações de servidores públicos, é matéria reservada à iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo, que a exerce em benefício dos servidores de todos os Poderes e órgãos da Administração Pública respectiva. 2. As Leis 8.071/2018 e 8.072/2018 do Estado do Rio de Janeiro têm nítidos contornos de revisão geral dos vencimentos devidos aos servidores do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, uma vez que o incremento salarial é conferido linearmente a todos, independentemente da carreira, e de forma global, incidente não apenas sobre parcelas salariais específicas, mas sobre o montante remuneratório total, inclusive cargos em comissão e funções gratificadas. Inconstitucionalidade por vício de iniciativa do Chefe do Executivo para deflagrar o processo*

legislativo. 3. Medida cautelar confirmada. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente." (ADI 6000, Relator(a): Min. Alexandre De Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2019, Processo Eletrônico DJe-224 Divulg 14-10-2019 Public 15-10-2019)

Noutro vértice, entendo igualmente demonstrado o perigo da demora, na medida em que a eficácia da norma impugnada pode irradiar efeitos deletérios no desempenho das atribuições do Órgão ministerial, prejudicando ou mesmo impedindo o desempenho de suas funções regulares.

Dessarte, entendo que deve ser concedida a medida cautelar em questão.

Assim, de tudo quanto exposto, não tenho dúvidas em acompanhar o voto da lavra do ilustre relator, Des. Eduardo Machado Rocha, para deferir a concessão da cautelar para suspender a eficácia do inciso III do § 2º do artigo 1º e do inciso II do artigo 2º, todos da Lei Municipal nº 2.585/2019, de Bataguassu.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade defereriram a medida cautelar, nos termos do voto do relator. Absteve-se de votar o des. Paschoal carmello leandro.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva e Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Campo Grande, 4 de março de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Eduardo Machado Rocha
Apelação Cível nº 0821639-43.2014.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES – CONTRATO ANTERIOR À LEI N. 13.786/2018 – NÃO INCIDÊNCIA – RETENÇÃO DE 10% DO VALOR PAGO PELO COMPRADOR – PERCENTUAL MANTIDO POR SER PROPORCIONAL – TAXA DE FRUIÇÃO – TERRENO NÃO EDIFICADO – DESCABIMENTO – COMISSÃO DE CORRETAGEM – POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DESDE QUE PREVISTA NO CONTRATO – RETENÇÃO DE IPTU, TAXAS E TRIBUTOS – INDEVIDA – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA – DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA – RESTITUIÇÃO PARCELADA DOS VALORES DEVIDOS AO COMPRADOR – INCABÍVEL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A Lei n. 13.786/2018 não incide à hipótese dos autos se o contrato de compra e venda objeto da demanda é anterior à sua vigência.

A retenção do percentual de 10% sobre o valor pago pelo promitente-comprador, mostra-se suficiente para compensar os custos operacionais oriundos do desfazimento do negócio jurídico celebrado entre as partes.

Cuidando-se de imóvel sem edificação, incabível o pagamento de percentual a título de fruição.

Conforme entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, é válida a cobrança da comissão de corretagem, desde que o consumidor seja previamente informado do preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.

Com a rescisão contratual e retorno ao status quo ante, o imóvel volta ao patrimônio dos apelantes e por se tratar de tributo de natureza *propter rem*, não há falar em retenção de valores de IPTU, até porque sequer existe prova de que efetivamente havia qualquer débito em aberto.

Nos compromissos de compra e venda de unidades imobiliárias anteriores à Lei n. 13.786/2018, em que é pleiteada a resolução do contrato por iniciativa do promitente comprador de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros de mora incidem a partir do trânsito em julgado da decisão. Entretanto, considerando que a rescisão do contrato ocorreu anteriormente ao ajuizamento da demanda que pretende apenas a restituição de valores, mantém-se o termo inicial dos juros de mora fixado em sentença.

Nos contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.

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, 24 de abril de 2020.

Des. Eduardo Machado Rocha

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Hedge Comércio de Terrenos LTDA e Luiz Roberto Filinto da Silva interpõe apelação cível inconformados com a sentença que, nos autos da ação de devolução de valores movida por Mirian Rodrigues Boiadeiro e Lessio dos Santos, julgou parcialmente procedente o pedido formulado para os réus, solidariamente, à restituição do valor pago com o abatimento do percentual de 10% (dez por cento).

Alegam que a sentença recorrida ignorou a aplicação da Lei n. 13.786/2018 (Lei do Distrato), que renova o marco regulatório do mercado imobiliário, e por existir lei específica ocorre sua sobreposição as demais, inclusive o CDC. Defendem o direito de retenção no percentual equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor pago, descontada todas as despesas do promitente vendedor (IPTU, taxas e tributos), por força do que restou estipulado na Cláusula Oitava, Parágrafo Segundo, do Contrato livremente pactuado pelas partes, ou, ao menos fixar 25% (vinte e cinco por cento) do montante adimplido, de acordo com o entendimento do STJ e do próprio TJ/MS. Sustentam que é devida a taxa de fruição a partir da data do recebimento do imóvel até a data de sua efetiva entrega, a fim de indenizar pelo tempo que os apelados utilizaram o imóvel. Pretendem, ademais, a retenção da taxa de corretagem por expressa previsão contratual e ciência dos apelados, bem como os valores devolvidos ocorra no prazo de 12 (doze) meses após a formalização da rescisão contratual. Almejam, por fim, a incidência dos juros de mora a partir do trânsito em julgado, e não a partir da citação ou da prolação da sentença.

Em contrarrazões, a parte apelada pugna pelo desprovimento do recurso (f. 251-259).

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Hedge Comércio de Terrenos LTDA e Luiz Roberto Filinto da Silva em face da sentença que, nos autos da ação de devolução de valores movida por Mirian Rodrigues Boiadeiro e Lessio dos Santos, julgou parcialmente procedente o pedido formulado para os réus, solidariamente, à restituição do valor pago com o abatimento do percentual de 10% (dez por cento).

Segundo se extrai da inicial, os autores relataram ter firmado instrumento particular de cessão de direitos referente ao lote 26, quadra 18, do loteamento Caiobá II, na Cidade de Campo Grande, pelo valor de R$ 10.711,36 (dez mil e setecentos e onze reais e trinta e seis centavos), pago no ato da assinatura, e mais o valor de R$ 42.970,44 (quarenta e dois mil e novecentos e setenta reais e quarenta e quatro centavos), dividido em 92 (noventa e duas) parcelas, mas por motivos financeiros não puderam honrar com o compromisso avençado, razão pela qual houve a rescisão do referido contrato, contudo os réus se negaram a devolver a integralidade dos valores pagos e a cláusula que admite a retenção é nula. Por tais razões, requereu a condenação dos réus ao pagamento da restituição da quantia atualizada de R$ 13.067,43 (treze mil e sessenta e sete reais e quarenta e três centavos).

Após a contestação (f. 76-81, 94-102), sobreveio sentença de parcial procedência, integrada pelos embargos de declaração acolhidos sem efeito modificativo (f. 218-220), contendo o seguinte dispositivo:

> *"Posto isso, resolvo o mérito nos termos do art. 487, I, do Código de Processo Civil, julgando parcialmente procedente o pedido formulado na exordial, para o fim de condenar as rés, solidariamente, à restituição do valor pago pelos autores, abatido o percentual de 10% (dez por cento), consoante anotado na fundamentação da presente sentença, valores estes que deverão ser monetariamente atualizado pelo IGP-M/FGV desde o desembolso e acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, desde a última citação válida; Considerando que o autor decaiu de parte mínima do pedido, até porque o pedido principal era devolução do valor pago, nos termos do parágrafo único do art. 85, § 2º do CPC, condeno as rés, de forma integral, ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios em favor do patrono dos autores no valor correspondente a R$ 2.000,00 (dois mil reais). Certificado o trânsito em julgado, observadas as cautelas de praxe, arquivem-se."* (f. 161-169).

Inconformados, os réus recorrem alegando que a sentença recorrida ignorou a aplicação do art. 32-A da Lei n. 13.786/2018 (Lei do Distrato), que renova o marco regulatório do mercado imobiliário, e por existir lei específica ocorre sua sobreposição as demais, inclusive o CDC. Defendem o direito de retenção no percentual equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor pago, descontada todas as despesas do promitente vendedor (IPTU, taxas e tributos), por força do que restou estipulado na Cláusula Oitava, Parágrafo Segundo, do Contrato livremente pactuado pelas partes, ou, ao menos fixar 25% (vinte e cinco por cento) do montante adimplido, de acordo com o entendimento do STJ e do próprio TJ/MS. Sustentam que é devida a taxa de fruição a partir da data do recebimento do imóvel até a data de sua efetiva entrega, a fim de indenizar pelo tempo que os apelados utilizaram o imóvel. Pretendem, ademais, a retenção da taxa de corretagem por expressa previsão contratual e ciência dos apelados, bem como os valores devolvidos ocorra no prazo de 12 (doze) meses após a formalização da rescisão contratual. Almejam, por fim, a incidência dos juros de mora a partir do trânsito em julgado, e não a partir da citação ou da prolação da sentença.

Feito esse breve relato, examino as questões devolvidas à apreciação.

Da inaplicabilidade da Lei n. 13.786/2018.

No caso em exame o contrato cessão de direitos referente ao compromisso de compra e venda foi celebrado pelas partes na data de 08/05/213, portanto, antes da vigência da Lei nº 13.786/2018, que introduziu novas regras relativas à resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano, alterando dispositivos das Leis nºs. 4.591/64 e 6.766/79.

Nos termos do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, *"a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."*

Igualmente, o art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro reza que *"a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada."*

Por ato jurídico perfeito, entende-se como aquele *"já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou."* (art. 6º, § 1º, LINDB).

Assim, a Lei nº 13.786/2018, que entrou em vigor apenas em 28/12/2018, não poderá retroagir para disciplinar o contrato objeto da demanda.

Anota Theotonio Negrão que:

> *"Os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração. Mesmo os efeitos futuros oriundos de contratos anteriormente celebrados não se expõem ao domínio normativo de leis supervenientes. As consequências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação que se achava em vigor no momento da celebração do contrato (tempus regit actum): exigência imposta pelo princípio da segurança. Os contratos que se qualificam como atos jurídicos perfeitos (RT 547/215) acham-se protegidos, inclusive quanto aos efeitos futuros*

deles decorrentes, pela norma de salvaguarda constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República." (STF-RT 840/203: 2ª T., RE 393.021-4-AgRg). No mesmo sentido: RTJ 143/724 (STF-Pleno, maioria). (Código civil e legislação civil em vigor. 36. ed. Saraiva, 2018. p. 24).

Colhe-se, a propósito, a posição desta Corte Estadual:

> *"AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA AJUIZADA PELO COMPRADOR – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA – APELO PELA VENDEDORA – ATAQUE À QUESTÃO DE JUROS NÃO DECIDIDA NA ORIGEM – NÃO-CONHECIMENTO NESTE TÓPICO –* ***PEDIDO DE APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI MAIS GRAVOSA – INSUBSISTÊNCIA*** *– AUSÊNCIA DE DIREITO À REPARAÇÃO POR FRUIÇÃO À LUZ DAS PARTICULARIDADES FÁTICAS DO LITÍGIO – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E NESTA DESPROVIDO. (...) segundo a pacífica orientação do STJ, não há falar em aplicação retroativa in pejus da Lei Federal n. 13.786/2018, em contratos a ela anteriores. (...)."* (TJMS. Apelação Cível n. 0839872-20.2016.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 02/04/2020, p: 13/04/2020). Destaquei

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL – COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL URBANO –* ***LEI FEDERAL N. 13.786/2018*** *–* ***INAPLICÁVEL PELA IRRETROATIVIDADE*** *– ARRAS – RETENÇÃO INDEVIDA – FRUIÇÃO – LOTE SEM EDIFICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA – CORRETAGEM – VEDAÇÃO AO BIS IN IDEM – TRIBUTO – OBRIGAÇÃO PROPTER REM – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA – TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA – TEMA 1002 DO STJ – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Inaplicável ao caso a Lei n. 13.786/2018, posto que o contrato foi firmado em 2015, sendo vedado pela Constituição Federal ao retroatividade. (...)."* (TJMS. Apelação Cível n. 0832613-71.2016.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 31/03/2020, p: 03/04/2020). Destaquei.

Logo, não há que se falar na incidência da Lei nº 13.786/2018 à hipótese dos autos.

Por consequência, o Código de Defesa ao Consumidor será a norma aplicável ao caso em tela, pois a relação existente entre as partes é de cunho consumerista.

Disto isto, certo é que a interpretação das cláusulas contratuais será feita de forma mais favorável ao consumidor (art. 47 CDC).

Do direito de retenção.

Insurgem-se os apelantes com relação a redução da cláusula penal para 10% (dez por cento) sobre o valor pago pelos apelados, defendendo que o direito de reter o percentual previsto contratualmente, equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor pago, ou, no máximo 25% (vinte e cinco por cento) do montante adimplido.

Pois bem, é incontroverso o direito dos promitentes compradores à restituição dos valores pagos aos promitentes vendedores, em caso de rescisão do contrato, ainda que fundamentado na inadimplência do devedor.

Esta é a redação da Súmula n.º 543, do STJ:

> *"Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento."*

De acordo com esse entendimento do STJ, é admissível a fixação de multa no patamar de 10% a 25% das parcelas pagas, conforme as circunstâncias evidenciadas no caso em concreto. Confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – RESCISÃO DO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL – INICIATIVA DA COMPRADORA – 10% O PERCENTUAL DE RETENÇÃO – SÚMULAS 7 e 83 DO STJ – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SÚMULA 284 DO STJ – REDUÇÃO DO QUANTUM – VALOR RAZOÁVEL – SÚMULA 7 DO STJ – AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. (...) 2. A jurisprudência desta Corte tem considerado razoável, em rescisão de contrato de compra e venda de imóvel por culpa do comprador, que o percentual de retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas seja arbitrado entre 10% e 25%, conforme as circunstâncias de cada caso, avaliando-se os prejuízos suportados. Precedentes. (...)." (AgInt no AREsp 1062082/AM, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/05/2017, DJe 23/05/2017)

No caso em apreço, de acordo com o contrato firmado entre as partes (f. 10-11, 35-39), ficou estipulado na cláusula oitava, parágrafo segundo, que:

Cláusula Oitava - Da Rescisão por Culpa do COMPRADOR: O descumprimento de quaisquer das cláusulas desse contrato pelo **COMPRADOR** poderá dar ensejo a rescisão do mesmo, que deverá ser denunciado mediante notificação via Correios, com AR - Aviso de Recebimento, ou por via editalicia a ser publicada em jornal de grande circulação.

Parágrafo Primeiro: A inadimplência de 02 (duas) ou mais parcelas, sucessivas ou alternadas, incluindo reembolso de IPTU e tarifas, do presente compromisso, dará ensejo à **rescisão contratual por culpa do comprador**, como também tornará automaticamente vencidas as demais parcelas do presente contrato, tornando-as líquidas e exigíveis.

Parágrafo Segundo: Em atendimento ao disposto no Art. 53 da Lei 8.078/90,obriga-se o **VENDEDOR, no caso da rescisão por culpa do COMPRADOR, seja ela por inadimplência ou pela quebra de quaisquer outra cláusula deste contrato,** a devolver ao **COMPRADOR**, 50% (cinquenta por cento) das parcelas descritas na Cláusula Segunda deste contrato, que tiverem sido devidamente pagas, descontando todas as despesas do **VENDEDOR**, e a taxa de **aluguel (taxa de fruição e ocupação).**

Como se vê, a retenção das parcelas pagas nos moldes contratualmente estabelecidos, qual seja, 50% (cinquenta por cento) das parcelas, é abusiva e configura enriquecimento sem causa por parte dos apelantes, devendo ser mantido o percentual fixado em primeiro grau por ser razoável (10%), justo e em perfeita harmonia com o entendimento jurisprudencial.

Em situações semelhantes, assim se manifestou este Sodalício:

"APELAÇÃO CÍVEL – RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL MOTIVADA PELO COMPRADOR – ***RETENÇÃO DE 10% DOS VALORES PAGOS – RAZOABILIDADE – OBSERVÂNCIA DAS PARTICULARIDADES DO CASO*** *– SÚMULA 543 DO STJ – SENTENÇA MANTIDA – PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO – DESNECESSÁRIO – HONORÁRIOS RECURSAIS ARBITRADOS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO."* (TJMS. Apelação Cível n. 0833035-17.2014.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 28/01/2020, p: 29/01/2020). Destaquei

"EMENTA – RECURSOS DE APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL – CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL – RECURSO DOS REQUERIDOS – CLÁUSULAS DE IRREVOGABILIDADE E IRRETRATABILIDADE NÃO SÃO ABSOLUTAS – POSSIBILIDADE DO CONSUMIDOR POSTULAR RESCISÃO CONTRATUAL DESMOTIVADA – IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL E ARRAS – BIS IN IDEM – RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DAS TAXAS DE ADMINISTRAÇÃO DO EMPREENDIMENTO CABEM À PRÓPRIA INCORPORADORA – ***RETENÇÃO DAS PARCELAS PAGAS POR INADIMPLÊNCIA DO COMPRADOR – PERCENTUAL DE 10% SOBRE OS VALORES PAGOS É RAZOÁVEL E SUFICIENTE –*** *JUROS DE MORA INALTERADOS – RECURSO DA AUTORA – MULTA DE 2% - INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR DEVIDO E NÃO SOBRE O VALOR ATUALIZADO DO IMÓVEL – ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA ATRIBUÍDO INTEGRALMENTE AOS REQUERIDOS – ART. 86 DO CPC – RECURSO DOS REQUERIDOS DESPROVIDO E RECURSO DA AUTORA ACOLHIDO."* (TJMS. Apelação Cível n. 0804484-59.2017.8.12.0021, Três Lagoas, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Nélio Stábile, j: 04/06/2019, p: 06/06/2019). Destaquei.

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL – HEDGE BPF URBANIZAÇÃO LTDA – DISTRATO QUE SE OPEROU POR CULPA DO PROMITENTE COMPRADOR – RETENÇÃO DE 10% DO VALOR PAGO À TÍTULO DE CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA – ARRAS, COMISSÃO DE CORRETAGEM E TAXA DE FRUIÇÃO – INDEVIDAS – RECURSO NÃO PROVIDO.* ***A retenção de 10% das prestações pagas a título de cláusula penal compensatória se revela suficiente para compensar a construtora pelos custos decorrentes do negócio desfeito****."* (TJMS. Apelação Cível n. 0829436-02.2016.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Julizar Barbosa Trindade, j: 09/04/2019, p: 11/04/2019). Destaquei.

Ademais, os apelantes ao retomarem o imóvel em discussão, poderão novamente aliená-lo a terceiros, tanto que já o fizeram (f. 19), razão pela qual se mostra suficiente a retenção de 10% (dez por cento) do montante pago.

É de rigor, portanto, a manutenção da sentença recorrida no ponto.

Taxa de fruição

A taxa de fruição funciona como uma espécie de "aluguel" pelo tempo em que se encontrava na posse do imóvel. Visa obstar o enriquecimento sem causa daquele que usufruiu o imóvel sem a devida contraprestação, sendo certo a necessidade de existência de cláusula contratual prevendo referida taxa.

No contrato em comento há previsão de que, na hipótese de rescisão do contrato, é devida taxa de fruição de 0,05% do valor do contrato, conforme cláusula nona, parágrafo segundo, a saber:

Cláusula Nona - Da rescisão por culpa do VENDEDOR: O descumprimento de quaisquer das cláusulas desse contrato pelo **VENDEDOR** poderá dar ensejo a rescisão do mesmo, que deverá ser denunciado mediante notificação via Correios, com AR - Aviso de Recebimento, ou por via editalícia a ser publicada em jornal de grande circulação.

Parágrafo Primeiro: Se a rescisão se der por culpa do **VENDEDOR**, implicará na devolução de 100% (cem por cento) das quantias recebidas, devidamente corrigidas, em prazo igual ao número de parcelas pagas pelo **COMPRADOR**, a partir do recebimento da notificação da rescisão.

Parágrafo Segundo: Em caso de rescisão contratual, **o COMPRADOR deverá entregar o imóvel compromissado desocupado impreterivelmente num prazo máximo de 60 (sessenta) dias a contar do recebimento da notificação da inadimplência ou da publicação do edital,** sob pena de pagamento de **multa diária,** a título de indenização pré-fixada, pelo uso e fruição diária e indevida do imóvel e objeto deste instrumento, no valor equivalente a 0,05% a.d.c.(zero vírgula zero cinco por cento ao dia corrido), do valor deste contrato, multa esta legitimada pelos Arts.389. 390. 392. 402. e 412 da Lei 10.406/02.

Entretanto, na hipótese dos autos, é indevida a taxa de fruição.

Embora o contrato preveja o pagamento da taxa de fruição na hipótese de rescisão do contrato, é certo que, em se tratando de imóvel não edificado, não é cabível a taxa de fruição, pois o consumidor não aufere proveito econômico sobre o imóvel não construído.

Este é o entendimento da Corte Estadual:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES – PROMESSA DE COMPRA E VENDA – INADIMPLÊNCIA – TAXA DE FRUIÇÃO – LOTE DE TERRENO SEM EDIFICAÇÃO – DESCABIMENTO – ARRAS – RESCISÃO POR CULPA DO PROMITENTE COMPRADOR – RETENÇÃO DEVIDA – ARTIGOS 417 E 418 DO CÓDIGO CIVIL – IPTU – RESPONSABILIDADE DO COMPRADOR A PARTIR DA DATA DA ASSINATURA DO CONTRATO ATÉ A RESCISÃO CONTRATUAL – DEVOLUÇÃO INDEVIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.* ***Em se tratando de lote não edificado e inexistindo proveito econômico proporcionado pelo terreno, bem como ausentes evidências de que o apelante tenha deixado de auferir lucro em razão da privação da posse do imóvel, não há que se falar em cobrança da taxa de fruição.*** *(...)."* (TJMS. Apelação Cível n. 0839357-48.2017.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j: 17/07/2019, p: 19/07/2019). Destaquei.

> *"EMENTA – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE – SENTENÇA QUE AFASTOU A COBRANÇA DE TAXA DE FRUIÇÃO – AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO – IMÓVEL SEM EDIFICAÇÃO – TAXA INDEVIDA – DESPESAS COM IPTU, ÁGUA E LUZ NÃO COMPROVADAS – IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA – RÉ REVEL – IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DO AUTOR AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.* ***Cuidando-se de lote não edificado e inexistindo demonstração de proveito econômico proporcionado pelo terreno, bem como ausentes evidências de que o apelante tenha deixado de auferir lucro em razão da privação da posse do imóvel, não há falar em cobrança da taxa de fruição.*** *Precedentes do TJMS. (...)."* (TJMS. Apelação Cível n. 0802595-36.2018.8.12.0021, Três Lagoas, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 05/08/2019, p: 07/08/2019). Destaquei.

Destarte, tratando-se de imóvel sem edificação, incabível o pagamento do percentual a título de fruição.

Comissão de corretagem

O Superior Tribunal de Justiça assentou, por meio de recurso repetitivo, que é válida a cláusula de transferência, ao consumidor, da responsabilidade pelo pagamento da taxa de corretagem, desde que previamente informado.

Eis o teor:

> *"RECURSO ESPECIAL REPETITIVO – DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR – INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA – VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS – CORRETAGEM – CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR – VALIDADE – PREÇO TOTAL – DEVER DE INFORMAÇÃO – SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATI) – ABUSIVIDADE DA COBRANÇA – I - TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 1.1.* ***Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.*** *1.2. Abusividade da cobrança pelo promitente-vendedor do serviço de assessoria técnico-imobiliária (SATI), ou atividade congênere, vinculado à celebração de promessa de compra e venda de imóvel. (...)."* (REsp 1599511/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 24/08/2016, DJe 06/09/2016). Destaquei.

Sendo assim, a cobrança da comissão de corretagem é possível, quando prevista no contrato e o valor da comissão seja destacado do valor do imóvel.

O contrato objeto da demanda prevê que a responsabilidade pelo pagamento de comissão de corretagem é da vendedora, ressalvando que, havendo a rescisão contratual, a despesa será cobrada do comprador.

Cláusula Décima Sexta - Das Despesas do Vendedor: O **COMPRADOR** se declara avisado pelo **VENDEDOR** e declara também concordar e estar ciente, que para a realização da venda deste imóvel, o **VENDEDOR** teve que arcar com as seguintes despesas: Corretor de imóveis: 7% (sete por cento) do valor deste contrato à título de **Comissão;** despesas administrativas; e **Impostos Federais** relativos ao recolhimento de IR, PIS, COFINS e Contribuição Social de acordo com o **REGIME TRIBUTÁRIO VIGENTE, sujeito a alterações no REGIME e nas ALIQUOTAS, segundo determinação dos orgãos competentes.**

Parágrafo único: As partes convencionam e concordam que, em caso de rescisão contratual por culpa ou dolo do **COMPRADOR,** essas despesas serão cobradas do referido.

Sendo assim, do valor a ser restituído ao apelado, deve ser subtraída, também, a comissão de corretagem, que corresponde a 7% (seis por cento) do valor do contrato.

Impõe-se, pois, a reforma deste ponto da sentença.

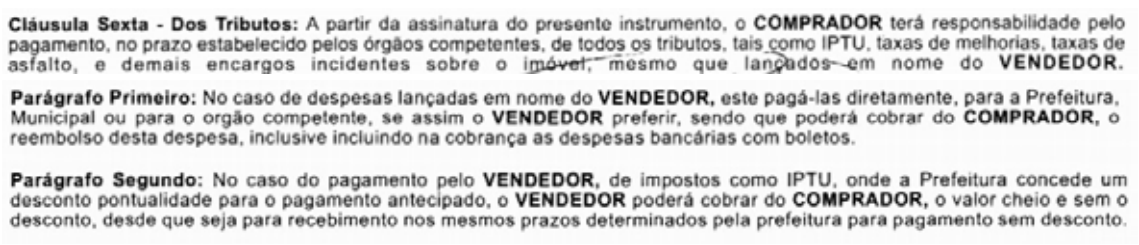
IPTU, taxas e tributos.

O IPTU se trata de tributo *propter rem*, que é devido em razão da posse exercida sobre o bem.

Por essa razão, o Superior Tribunal de Justiça fixou a tese pela responsabilidade tributária do possuidor direto pelo pagamento dos tributos incidentes sobre o imóvel. *In verbis*:

> *"PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – ARTIGO 543-C, DO CPC – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ITR – CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DO IMÓVEL RURAL – LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO POSSUIDOR DIRETO (PROMITENTE COMPRADOR) E DO PROPRIETÁRIO/POSSUIDOR INDIRETO (PROMITENTE VENDEDOR) – DÉBITOS TRIBUTÁRIOS VENCIDOS – TAXA SELIC – APLICAÇÃO – LEI 9.065/95. (...) 4. Os impostos incidentes sobre o patrimônio (Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR e Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana - IPTU)* ***decorrem de relação jurídica tributária instaurada com a ocorrência de fato imponível encartado, exclusivamente, na titularidade de direito real, razão pela qual consubstanciam obrigações propter rem, impondo-se sua assunção a todos aqueles que sucederem ao titular do imóvel****. 5. Conseqüentemente, a obrigação tributária, quanto ao IPTU e ao ITR, acompanha o imóvel em todas as suas mutações subjetivas, ainda que se refira a fatos imponíveis anteriores à alteração da titularidade do imóvel, exegese que encontra reforço na hipótese de responsabilidade tributária por sucessão prevista nos artigos 130 e 131, I, do CTN, verbis: 'Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação. Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço. Art. 131. São pessoalmente responsáveis: I - o adquirente ou remitente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos; (Vide Decreto Lei nº 28, de 1966) (...)'. 6. O promitente comprador (possuidor a qualquer título) do imóvel, bem como seu proprietário/promitente vendedor (aquele que tem a propriedade registrada no Registro de Imóveis), consoante entendimento exarado pela Primeira Seção do STJ, quando do julgamento dos Recursos Especiais 1.110.551/SP e 1.111.202/SP (submetidos ao rito do artigo 543-C, do CPC), são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU (Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 10.06.2009, DJe 18.06.2009). 7. É que, nas hipóteses em que verificada a 'contemporaneidade' do exercício da posse direta e da propriedade (e não a efetiva sucessão do direito real de propriedade, tendo em vista a inexistência de registro do compromisso de compra e venda no cartório competente), o imposto sobre o patrimônio poderá ser exigido de qualquer um dos sujeitos passivos 'coexistentes', exegese aplicável à espécie, por força do princípio de hermenêutica ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio. (...)."* (REsp 1073846/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25/11/2009, DJe 18/12/2009). Destaquei.

O contrato em discussão estabelece que o pagamento do IPTU, taxas e tributos é de responsabilidade do comprador, a saber:



Cláusula Sexta - Dos Tributos: A partir da assinatura do presente instrumento, o **COMPRADOR** terá responsabilidade pelo pagamento, no prazo estabelecido pelos órgãos competentes, de todos os tributos, tais como IPTU, taxas de melhorias, taxas de asfalto, e demais encargos incidentes sobre o imóvel, mesmo que lançados em nome do **VENDEDOR.**

Parágrafo Primeiro: No caso de despesas lançadas em nome do **VENDEDOR,** este pagá-las diretamente, para a Prefeitura, Municipal ou para o orgão competente, se assim o **VENDEDOR** preferir, sendo que poderá cobrar do **COMPRADOR,** o reembolso desta despesa, inclusive incluindo na cobrança as despesas bancárias com boletos.

Parágrafo Segundo: No caso do pagamento pelo **VENDEDOR,** de impostos como IPTU, onde a Prefeitura concede um desconto pontualidade para o pagamento antecipado, o **VENDEDOR** poderá cobrar do **COMPRADOR,** o valor cheio e sem o desconto, desde que seja para recebimento nos mesmos prazos determinados pela prefeitura para pagamento sem desconto.

Assim, caberia aos apelantes descontar dos valores a serem restituídos aos apelados os débitos de IPTU, taxas e tributos, desde que comprovadamente pagos por eles no período de vigência do contrato.

Porém, os apelantes não demonstraram ter realizado o pagamento do IPTU no período em que o imóvel esteve sob o domínio dos apelados ou mesmo da inadimplência com relação ao tributo.

Nesse sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL – PEDIDO DE RETENÇÃO DO VALOR PAGO COMO SINAL – ALEGAÇÃO DE QUE O VALOR ERA PARA O PAGAMENTO DE CORRETOR – IMPOSSIBILIDADE – CÓDIGO DE CONSUMIDOR QUE NÃO PERMITE TAL PRÁTICA POR CONSIDERÁ-LA ABUSIVA – AUTOR QUE DEU CAUSA AO DISTRATO – RESTITUIÇÃO OPERADA COM OS DESCONTOS PREVISTOS NO CONTRATO – FRUIÇÃO INDEVIDA – IPTU E TAXAS CONDOMINIAIS – NÃO COMPROVAÇÃO – JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 5.* ***No que se refere à retenção de eventuais débitos de IPTU, tem-se que com a resolução contratual e retorno ao stato quo ante, o imóvel volta para ao patrimônio das apelantes, constituindo-se o tributo fiscal em obrigação propter rem. Ademais, não há provas de que efetivamente havia qualquer débito em aberto junto a municipalidade.*** *(...)."* (TJMS. Apelação Cível n. 0801318-19.2017.8.12.0021, Três Lagoas, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 15/11/2018, p: 19/11/2018). Destaquei.

Descabe, portanto, a pretensão recursal.

Termo inicial do juros de mora

Segundo entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, pela sistemática de recurso repetitivo, o termo inicial dos juros de mora incidente sobre os valores a serem restituídos em razão da rescisão do contrato de compra e venda é o trânsito em julgado da sentença.

Eis o teor do acórdão:

> *"RECURSO ESPECIAL REPETITIVO – ACÓRDÃO RECORRIDO PROFERIDO EM JULGAMENTO DE IRDR – PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA – RESOLUÇÃO IMOTIVADA PELO PROMITENTE COMPRADOR – DEVOLUÇÃO DE VALORES PAGOS – CLÁUSULA CONTRATUAL – PEDIDO DE ALTERAÇÃO – SENTENÇA CONSTITUTIVA – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA – TRÂNSITO EM JULGADO. 1. Para os fins dos arts. 927 e 1.036 a 1.041 do CPC, fixa-se a seguinte tese: - Nos compromissos de compra e venda de unidades imobiliárias anteriores à Lei n. 13.786/2018, em que é pleiteada a resolução do contrato por iniciativa do promitente comprador de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros de mora incidem a partir do trânsito em julgado da decisão. 2. Recurso especial provido."* (REsp 1740911/DF, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 14/08/2019, DJe 22/08/2019)

Na espécie, contudo, a questão não se amolda à tese fixada em recurso repetitivo, na medida que a rescisão do contrato ocorreu em julho de 2013, conforme Edital de Notificação publicada no jornal A Crítica, informado pelos próprios apelantes às f. 89-90 e 114-115.

Tanto é verdade que demanda visa tão somente à restituição de valores, e não a rescisão do contrato.

Improcede, assim, a pretensão recursal no ponto.

Da forma de devolução do valores pagos

Os apelantes defendem que os valores devolvidos ocorram no prazo de 12 (doze) meses após a formalização da rescisão contratual, de acordo com o art. 32-A, § 1º, inciso II, da Lei 13.786/18.

Todavia, a pretensão se apresenta descabida, eis que, conforme entendimento já mencionado do STJ e objeto da Súmula 543, nos contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, a restituição de valores deve ocorrer a imediata.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do recurso, e dou-lhe parcial provimento tão somente para determinar que, do valor a ser restituído aos autores, sejam descontados os valores pagos pelos réus a título de comissão de corretagem.

Sem honorários recursais.

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. Marco André Nogueira Hanson.

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, 24 de abril de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Eduardo Machado Rocha
Apelação Cível nº 0800460-12.2017.8.12.0013 – Jardim

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA E DE INÉPCIA DA INICIAL – REJEITADAS – MÉRITO – CONDUTA ÍMPROBA DO RÉU VEZ QUE DE FORMA LIVRE E CONSCIENTE, DESCONTOU DOS SERVIDORES E DEIXOU DE EFETUAR O REPASSE DOS VALORES REFERENTES ÀS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS PATRONAIS DEVIDAS AO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA – PENALIDADES DEVIDAS COM REDUÇÃO DA MULTA CIVIL A UM VALOR RAZOÁVEL E PROPORCIONAL – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Se as provas constantes dos autos são suficientes para formar o convencimento do magistrado, e não havendo necessidade da produção de outras provas, o julgamento do feito no estado em que se encontra não caracteriza nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

Da leitura da inicial, não se verifica quaisquer das hipóteses caracterizadoras da inépcia da inicial, uma vez que da causa de pedir é perfeitamente possível se chegar ao pedido condenatório.

Inegável a conduta ímproba do réu no caso, vez que de forma livre e consciente, descontou dos servidores e deixou de efetuar o repasse dos valores referente a contribuições previdenciárias patronais devidas ao Instituto de Previdência dos Servidores, gerando uma vultosa dívida ao Município de Jardim (dano ao erário), o que justifica a condenação do requerido em ato de improbidade administrativa.

Em razão da gravidade da conduta ímproba perpetrada pelo agente ímprobo, a aplicação, no caso, das sanções de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 (cinco) 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 05 (cinco) anos mostra-se adequada e proporcional, estando, ademais, cabalmente previstas no art. 12, incs. II e III, da LIA, razão pela qual não devem ser revistas.

No tocante à condenação de multa civil, equivalente a duas vezes o valor do dano causado (2 x R$ 6.572.818,89 – seis milhões, quinhentos e setenta e dois mil, oitocentos e dezoito reais e oitenta e nove centavos), mostra-se ser totalmente desproporcional e exagerada a sanção, considerando a ausência de enriquecimento ilícito do apelante, o que impõe a sua redução.

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 em parte com o parecer, afastaram as preliminares e deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de maio de 2020.

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.

Erney Cunha Bazzano Barbosa , inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Jardim, nos autos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa que lhes move Ministério Público Estadual, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, a fim de *"condenar o requerido Erney Cunha Bazzano Barbosa: I) a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 (cinco) anos; II) ao pagamento de multa civil equivalente a duas vezes o valor do dano causado aos cofres públicos (R$ 6.572.818,89 - seis milhões e quinhentos e setenta e dois mil reais e oitocentos e dezoito reais e oitenta e nove centavos), mediante apuração em liquidação de sentença; III) a 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 sócia majoritária, pelo prazo de 05 (cinco) anos, contados do trânsito em julgado desta sentença."*

Suscita preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, sob o argumento de que o magistrado *a quo* julgou antecipadamente a lide, sem a produção de prova testemunhal.

Ainda em preliminar, sustenta a inépcia da inicial, ante a ausência de silogismo entre a narração fática e os pedidos.

Argumenta ser visível que a inicial é incoerente e confusa, visto que foram adicionados valores não devidos e não é discriminado quais valores foram utilizados para o pleito de indisponibilidade de bens e no valor da causa no montante de R$ 7.461.202,27 (sete milhões, quatrocentos e sessenta e um mil, duzentos e dois reais e vinte e sete centavos).

No mérito, aduz, em breves linhas, que não restou caracterizada a prática de ato de improbidade administrativa na hipótese, visto que não houve a demonstração do dolo ou da culpa na conduta, tampouco da violação a princípios da Administração Pública, assim como não restou comprovado o dano ao erário municipal no caso.

Relata que os atrasos ou a ausência de repasses ao Instituto de Previdência de Jardim se deram em razão da carência de recursos financeiros do município, salientando que não se pode atribuir ao gestor a responsabilidade pelo déficit orçamentário municipal. Subsidiariamente, pugna pela exclusão ou redução das penalidades impostas, visto que desarrazoáveis e desproporcionais à conduta imputada ao recorrente.

Contrarrazões pelo desprovimento.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Erney Cunha Bazzano Barbosa , inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Jardim, nos autos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa que lhes move Ministério Público Estadual, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, a fim de *"condenar o requerido Erney Cunha*

Bazzano Barbosa: I) a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 (cinco) anos; II) ao pagamento de multa civil equivalente a duas vezes o valor do dano causado aos cofres públicos (R$ 6.572.818,89 - seis milhões e quinhentos e setenta e dois mil reais e oitocentos e dezoito reais e oitenta e nove centavos), mediante apuração em liquidação de sentença; III) a 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 sócia majoritária, pelo prazo de 05 (cinco) anos, contados do trânsito em julgado desta sentença."

O Ministério Público Estadual ajuizou a presente ação por suposta prática de improbidade administrativa argumentando, em síntese que, por repetidas vezes, o requerido deixou de repassar as contribuições previdenciárias dos servidores efetivos ao Instituto de Previdência de Jardim-MS, fatos estes que ocorreram durante os anos de 2014, 2015 e 2016 e, com isso, causou grave prejuízo ao erário do Município de Jardim-MS (f. 1-46).

Relatou que, de acordo com o Inquérito Civil autuado sob o n. 19/2014, em trâmite na Promotoria de Justiça do Patrimônio Público e Social da Comarca, o requerido, nos anos de 2014, 2015 e 2016, época em que exercia seu mandato de Prefeito do Município de Jardim/MS, deixou de repassar, por diversas vezes, as contribuições previdenciárias dos servidores efetivos ao Instituto de Previdência de Jardim.

Asseverou que, na data de 18/08/2014, o Presidente do Sindicato dos Servidores Público da Prefeitura Municipal de Jardim, levou ao conhecimento do Ministério Público, que o requerido, no exercício do seu cargo público, não havia repassado a contribuição previdenciária dos servidores públicos municipais, bem como, a cota parte da contribuição previdenciária dos servidores públicos vinculados ao Instituto de Previdência de Jardim/MS, referente aos meses de maio, junho e julho de 2014. Nessa ocasião, foi informado que o débito previdenciário totalizava o valor de R$ 356.818,51 (trezentos e cinquenta e seis mil e oitocentos e dezoito reais e cinquenta e um centavos), além das cotas de parcelamentos anteriores referentes aos meses de maio, junho e julho de 2014, no importe de R$ 161.606,76 (cento e sessenta e um mil e seiscentos e seis reais e setenta e seis centavos), não obstante o regular desconto da cota parte de cada servidor.

Informou que, em 17/10/2014, o Presidente da Autarquia Previdenciária ratificou suas declarações, afirmando que o débito atualizado somava o importe de R$ 988.184,26 (novecentos e oitenta e oito mil centos e oitenta e quatro reais e vinte e seis centavos).

Prosseguiu afirmando que, na data de 09/02/2015, perante aquela Promotoria de Justiça, o assessor jurídico do Município de Jardim, Dr. Juliano da Cunha Miranda, declarou que o requerido, então chefe do Poder Executivo Municipal, não havia repassado ao Instituto de Previdência de Jardim/MS, o pagamento de um parcelamento (acordo n. 840/2014) e dois reparcelamentos (acordos de n. 285/2013 e 841/2014), de dívidas anteriores da contribuição patronal dos meses de dezembro de 2014 e janeiro de 2015, bem como, da contribuição patronal, quanto aos meses de setembro a dezembro e 13º (décimo terceiro) salário do ano de 2014, por conta das frequentes quedas de receitas.

Requereu, liminarmente, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o valor de R$ 7.461.202,27 (sete milhões quatrocentos e sessenta e um mil e duzentos e dois reais e vinte e sete centavos).

Ao final, pugnou pela condenação do requerido pelos atos de improbidade administrativa previstos nos artigos 10, incisos X e XI, e 11, incisos I e II, da Lei nº 8.429/1992 e nas penas do artigo 12, inciso II da mesma Lei; pela condenação do requerido pelos danos morais causados ao Município de Jardim, no valor de R$50.000,00; bem como, pela condenação do requerido nos ônus de sucumbência.

Foi concedida a medida liminar para determinar a indisponibilidade de bens do requerido, de modo suficiente a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, no valor de R$ 7.461.202,27. Ainda, determinou-se a notificação da parte requerida (f. 317-323).

Devidamente citado, o requerido pugnou pela improcedência dos pedidos. (f. 331-357).

Como relatado, a pretensão foi parcialmente acolhida, *verbis:*

> *"Posto isso, julgo parcialmente procedente o pedido, com fundamento nos artigos 10, X e XI, c/c 11 c/c artigo 12, II da Lei 8.429/92, para o fim de condenar o requerido Erney Cunha Bazzano Barbosa: I) a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 (cinco) anos; II) ao pagamento de multa civil equivalente a duas vezes o valor do dano causado aos cofres públicos (R$6.572.818,89 - seis milhões e quinhentos e setenta e dois mil reais e oitocentos e dezoito reais e oitenta e nove centavos), mediante apuração em liquidação de sentença; III) a 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 sócia majoritária, pelo prazo de 05 (cinco) anos, contados do trânsito em julgado desta sentença. Em razão da sucumbência, condeno o requerido ao pagamento das custas e despesas processuais, observando que, no caso em tela, são indevidos honorários advocatícios."* (f. 496)

Irresignado, recorre o requerido.

Suscita preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, sob o argumento de que o magistrado *a quo* julgou antecipadamente a lide, sem a produção de prova testemunhal.

Ainda em preliminar, sustenta a inépcia da inicial, ante a ausência de silogismo entre a narração fática e os pedidos.

Argumenta ser visível que a inicial é incoerente e confusa, visto que foram adicionados valores não devidos e não é discriminado quais valores foram utilizados para o pleito de indisponibilidade de bens e no valor da causa no montante de R$ 7.461.202,27 (sete milhões, quatrocentos e sessenta e um mil, duzentos e dois reais e vinte e sete centavos).

No mérito, aduz, em breves linhas, que não restou caracterizada a prática de ato de improbidade administrativa na hipótese, visto que não houve a demonstração do dolo ou da culpa na conduta, tampouco da violação a princípios da Administração Pública, assim como não restou comprovado o dano ao erário municipal no caso.

Relata que os atrasos ou a ausência de repasses ao Instituto de Previdência de Jardim se deram em razão da carência de recursos financeiros do município, salientando que não se pode atribuir ao gestor a responsabilidade pelo déficit orçamentário municipal. Subsidiariamente, pugna pela exclusão ou redução das penalidades impostas, visto que desarrazoáveis e desproporcionais à conduta imputada ao recorrente.

Contrarrazões pelo desprovimento.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela rejeição das preliminares e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

Passo ao exame do apelo.

Cerceamento de defesa

O apelante suscita preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, sob o argumento de que a magistrada *a quo* julgou antecipadamente a lide, sem a produção de prova testemunhal requerida.

Contudo, sem razão.

Não se pode olvidar que o juiz é o destinatário das provas, sendo que cabe a ele indeferir aquelas que considere inúteis ou meramente protelatórias, nos termos do art. 370, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Se as provas constantes nos autos são suficientes para formar o convencimento do juiz a respeito da questão, torna-se desnecessária a produção de outras provas.

Desta feita, se o processo se encontra apto a ser julgado e o magistrado entende ser desnecessária a produção de outras provas, a prolação da sentença é medida que se impõe, à vista dos princípios da economia

e celeridade processual.

In casu, como bem ressaltou o juízo *a quo*:

> *"Na hipótese sub judice, a matéria é apenas de direito, não havendo necessidade de se efetuar a produção de qualquer tipo de prova em audiência, não se justificando a dilação da instrução processual, razão pela qual este juízo conhece diretamente do pedido, o que se faz com arrimo no artigo 355, I, do Código de Processo Civil."*

Sobre o tema, trago o seguinte julgado:

> *"(...) o julgamento antecipado da lide não ocasiona cerceamento de defesa quando o juízo entende que não há mais controvérsia quanto aos fatos nucleares da demanda, restando apenas o deslinde das questões de direito."* (REsp 973.686/PR; 2ª Turma; Rel. Min. Humberto Martins; Julg. 15.09.2009; DJe 30.09.2009). (f. 2.238)

Sendo assim, o conjunto probatório é plenamente capaz de alicerçar a formação da convicção do julgador, inexistindo o alegado cerceamento de defesa. Não havendo necessidade de dilação probatória, é cabível o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 355, I, do Código de Processual Civil.

Ressalto, ademais, ainda que o magistrado tenha utilizado como base probante o inquérito civil realizado pelo recorrido, tal fato não enseja a nulidade da sentença, porquanto em todas as fases processuais os requeridos tiveram oportunidade de se manifestar, inclusive com a juntada das provas que entendessem pertinentes.

Assim vêm decidindo esta Corte:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE CONCESSÃO DE PENSÃO POR MORTE – CERCEAMENTO DE DEFESA – PRELIMINAR REJEITADA – PENSÃO POR MORTE – NÃO COMPROVAÇÃO – UNIÃO ESTÁVEL – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.*
>
> *Há de se lembrar que o juiz é o destinatário das provas e, como tal, cabe-lhe decidir acerca da necessidade e pertinência da realização de novas provas, indeferindo aquelas que julgar desnecessárias, mormente quando já firmou seu convencimento por aquelas contidas nos autos(...)."* (TJMS. Apelação n. 0800654-62.2015.8.12.0019, Ponta Porã, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 15/05/2018, p: 17/05/2018)
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – PROVAS NOS AUTOS SUFICIENTES PARA EMBASAR O ENTENDIMENTO EXTERNADO NA SENTENÇA DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA COMPLEMENTAR – PRELIMINAR AFASTADA. Se elementos probatórios carreados aos autos já são suficientes para a resolução da demanda, não há necessidade de produção complementar de provas. Cabe ao magistrado à luz do caso concreto ponderar sobre as provas que serão imprescindíveis à solução da controvérsia, devendo deferir sua produção e, por outro lado, indeferir as desnecessárias e protelatórias. (...)."* (TJMS. Apelação n. 0800736-10.2017.8.12.0024, Aparecida do Taboado, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 30/10/2018, p: 05/11/2018).

Logo, rejeito a preliminar.

Inépcia da Inicial

O recorrente sustenta a inépcia da inicial, ante a ausência de silogismo entre a narração fática e os pedidos.

Mais uma vez não lhe assiste razão.

Nos termos do art. 330, § 1º, incisos I a IV, do Código de Processo Civil, a petição é considerada inepta quando faltar pedido ou causa de pedir, o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais; os fatos narrados não redundam na pretensão inicial e, por fim, quando contiver pedidos incompatíveis.

Eis a redação do artigo:

> *"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."*

Daniel Amorim Assumpção Neves, ao comentar o dispositivo, asssevera que:

> *"Somados às partes, o pedido e a causa de pedir compõem os elementos que identificam a ação, sendo exigência expressa do art. 319, III e IV, do Novo CPC a narração na petição inicial da causa de pedir e do pedido. A importância de tal descrição na petição inicial deriva da necessidade de fixação dos limites objetivos da ação e da pretensão do autor, sem o que o réu não poderá exercer ativamente seu direito de defesa. O julgamento do juiz também restará prejudicado caso o autor não indique, em sua petição inicial, a causa de pedir e o pedido, não se podendo respeitar o art. 492 do Novo CPC. (...)."* (Novo código de processo civil comentado. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 560)

Da leitura da inicial, não se verifica quaisquer das hipóteses caracterizadoras da inépcia da inicial, uma vez que da causa de pedir é perfeitamente possível se chegar ao pedido condenatório.

Sobre o tema:

> *"EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL – PRELIMINAR REJEITADA – CUMULAÇÃO DO CARGO EFETIVO DE AGENTE DE SAÚDE COM MANDATO ELETIVO DE VEREADOR – FALTAS INJUSTIFICADAS NO CARGO EFETIVO – PERCEPÇÃO INTEGRAL DOS VENCIMENTOS – VANTAGEM PATRIMONIAL INDEVIDA, LESÃO AO ERÁRIO E VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1. Nos termos do artigo 330, § 1º, do Código de Processo Civil, a petição inicial é inepta quando lhe falta pedido ou causa de pedir, o pedido for indeterminado, da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão e contiver pedidos incompatíveis entre si. Não constatadas essas irregularidades, é de rigor a rejeição da preliminar (...)."* (TJMS. Apelação n. 0800454-49.2015.8.12.0021, Três Lagoas, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vilson Bertelli, j: 26/04/2017, p: 30/04/2017)

Assim, rejeito a preliminar.

Mérito

Quanto ao mérito, extrai-se que o Ministério Público ajuizou ação civil pública alegando que o requerido, na qualidade de Prefeito Municipal do Município de Jardim-MS, à época dos fatos, deixou de repassar as contribuições previdenciárias dos servidores efetivos ao Instituto de Previdência de Jardim, durante os anos de 2014, 2015 e 2016, o que causou grave prejuízo ao erário do Município de Jardim-MS.

Pois bem. É consabido que o ato de improbidade administrativa configura um ato de imoralidade qualificada pela lei que importa em enriquecimento ilícito do agente, prejuízo ao erário e/ou violação dos princípios da administração pública.

Nessa medida, a Lei de Improbidade Administrativa nº 8.429/92 (LIA) classifica os atos de improbidade administrativa em três categorias: a) os que importem enriquecimento ilícito (art. 9º); b) os que causem prejuízo ao erário (art. 10) e c) os que atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Tais condutas podem ser apenadas com as sanções previstas no art. 12 da LIA, que consistente em: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens, ressarcimento ao erário, perda de bens e valores acrescidos ilicitamente, multa civil e proibição de contratar com a administração pública ou dela receber benefícios.

É dizer, portanto, que o legislador estabeleceu expressamente as sanções de acordo com as circunstâncias que envolvem o ato ímprobo. Assim, não pode o julgador aplicar pena diversa da que estabelecida naquele dispositivo legal.

De igual modo, de acordo com a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para a configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da lei referida (atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário), faz-se necessário a prova do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, a culpa do agente envolvido.

Já no que tange aos tipos previstos nos artigos 9º (enriquecimento ilícito) e 11 (atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública), é imprescindível a comprovação do elemento volitivo (dolo) do agente (critério subjetivo). Isso é assim porque não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade, sob pena de a improbidade se transformar em hipótese de responsabilidade objetiva dos administradores públicos. (REsp 1.319.541/MT, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe de 18/09/2013).

A propósito:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ARTIGO 11 DA LEI 8429/92 – VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS – ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO ÍMPROBO EXPRESSAMENTE RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM – REVISÃO – IMPOSSIBILIDADE – REVISÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS – PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA – SÚMULA 7/STJ.*
>
> *1. A hipótese em questão diz respeito ao ajuizamento de ação civil pública, pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em face de agente penitenciário, pela suposta prática de ato ímprobo, consistente na permissão para que um albergado masculino dormisse na cela da ala feminina junto de outras detentas, mediante recebimento e quantia, bem como teria requerido empréstimo de um albergado, além de comunicar indevidamente falta disciplinar de um detento.*
>
> *2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Assim, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável, para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do artigo 10.*
>
> *3. Os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei nº 8429/92, como visto, dependem da presença do dolo genérico, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente.*
>
> *(...) 6. Agravo regimental não provido."* (AgRg no AREsp 768.394/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 05/11/2015, DJe 13/11/2015)

No caso vertente, as provas dos autos demonstram, indene de dúvidas, a ilegalidade praticada pelo requerido, então prefeito municipal, configurada na ausência de repasse do recolhimento de contribuições previdenciárias dos servidores ao órgão previdenciário.

Com efeito, o autor da ação trouxe elementos nos autos indicando que por diversas vezes, o requerido deixou de repassar, entre os anos de 2014 a 2016, as contribuições previdenciárias dos servidores públicos

municipais ao órgão previdenciário, apesar de ter descontado dos vencimentos dos servidores, causando, assim, prejuízo ao erário.

Como bem pontuado pelo i. Procurador de Justiça às f. 599-600:

> *"(...)*
>
> *Ademais, também não há como se acatar a tese de não caracterização do elemento subjetivo no caso, pois não há qualquer dúvida no sentido de que o recorrente, na condição de Prefeito de Jardim, tinha consciência de que não estava repassando os valores descontados a título de contribuição previdenciária ao Instituto de Previdência, em clara afronta ao artigo 40, caput, da Constituição Federal.*
>
> *É digno de nota, nesse ponto, que tais condutas foram reiteradamente praticadas durante considerável período de tempo (entre os anos de 2014 e 2016), tendo sido realizados diversos acordos de parcelamento (f. 304-305), muitos dos quais foram descumpridos, o que corrobora com o entendimento de que o agente deixou de efetuar o repasse dos valores descontados dos servidores públicos municipais a título de contribuição previdenciária de forma livre e consciente.*
>
> *Assim, resta comprovado o descumprimento do seu dever legal e o dolo genérico a caracterizar o ato de improbidade administrativa pelo apelante.*
>
> *Ora, conquanto o recorrente sustente que a ausência dos repasses se deu em razão da suposta crise econômica financeira que o ente municipal enfrentava à época, nota-se que tal justificativa não tem o condão de sanar a falta de pagamento das contribuições, tampouco do descumprimento dos posteriores parcelamentos e reparcelamentos firmados junto ao Instituto de Previdência."*

Assim, pelo que se tem, inegável a conduta ímproba do réu no caso, vez que de forma livre e consciente, descontou dos servidores e deixou de efetuar o repasse dos valores referentes a contribuições previdenciárias patronais devidas ao Instituto de Previdência dos Servidores, gerando-se uma vultosa dívida ao Município de Jardim (dano ao erário), o que justifica a condenação do requerido em ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido, transcreve-se o entendimento da Corte Cidadão:

> *"ADMINISTRATIVO – AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ART. 10, XIII, DA LEI N. 8.429/1992 – ELEMENTO SUBJETIVO CULPA E NECESSIDADE DE DANO AO ERÁRIO. (...) 2. A atual jurisprudência do STJ é no sentido de que para a configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário), com a exceção da conduta do art. 10, VIII, exige-se a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo) e, ao menos, culpa. Precedentes: REsp 1.206.741/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/4/2015; AgRg no AREsp 107.758/GO, Primeira Turma, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 10/12/2012; REsp 1228306/PB, Segunda Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 18/10/2012.)."* (STJ - AgInt no REsp: 1542025 MG 2015/0164433-7, Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Data de Julgamento: 05/06/2018, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 12/06/2018)

Logo, não há falar em reforma da sentença.

No tocante às penalidades, em razão da gravidade da conduta ímproba perpetrada pelo agente ímprobo, a aplicação, no caso, das sanções de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 (cinco) 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 05 (cinco) anos e mostra-se adequada e proporcional, estando, ademais, cabalmente previstas no art. 12, incs. II e III, da LIA, razão pela qual não devem ser revistas.

No tocante à condenação de multa civil, equivalente a duas vezes o valor do dano causado (2 x R$ 6.572.818,89 – seis milhões, quinhentos e setenta e dois mil, oitocentos e dezoito reais e oitenta e nove centavos), verifico ser totalmente desproporcional e exagerada a sanção, considerando a ausência de enriquecimento ilícito do apelante.

Assim, no caso, para evitar excesso punitivo, o valor da multa deve ser reduzido para R$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), considerando, ainda, a realidade econômica do réu.

Neste sentido:

> *"ADMINISTRATIVO PROCESSUAL CIVIL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – EX-PREFEITO – PNATE – RECURSOS RECEBIDOS DO FNDE – AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – DANO AO ERÁRIO NÃO COMPROVADO – DESCABIMENTO DAS PENAS DE RESSARCIMENTO E PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA – REDUÇÃO DAS PENAS DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS E DE MULTA CIVIL – APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. 1. Demonstrado nos autos que orequerido, na condição de Prefeito, foi omisso no dever de prestar contas de verbas repassadas pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. FNDE, por força do PNATE, a conduta configura ato de improbidade administrativa (art. 11,VI, da Lei nº 8.429/92). 2. As penas previstas no art. 12 da Lei nº 8.429/1992 podem ser aplicadas de forma cumulativa, ou não, em observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, considerando a gravidade do ato, a extensão do dano e o benefício patrimonial obtido. 3. A ausência de prestação de contas só conduz ao ressarcimento integral dos valores recebidos, segundo o entendimento da Turma, quando demonstrado o dano. Ônus que incumbe ao autor. , não podendo ser imposta tal condenação com base em mera ilação ou presunção de que não foi dada a correta destinação à verba em questão. 4. A perda da função pública, por se tratar de uma das penas mais severas da Lei nº 8.429/92, só deve ser aplicada em casos excepcionais, isto é, quando a gravidade da conduta assim exigir. 5. A sanção de suspensão dos direitos políticos deve ser reduzida para o mínimo legal de 3 (três) anos, porque proporcional à gravidade da falta. 6. A multa civil fixada na sentença é excessiva, o que justifica sua redução, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 7. Apelação provida em parte."* (TRF 1ª R.; AC 0007415-18.2013.4.01.3200; Terceira Turma; Rel. Juiz Fed. Conv. José Alexandre Franco; DJF1 25/03/2020)

Logo, neste capítulo, diante do evidente excesso no arbitramento da multa, a sentença comporta reforma.

Diante do exposto, em parte com o parecer, conheço do recurso, rejeito as preliminares e, no mérito, dou-lhe parcial provimento para reduzir a multa civil para R$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), mantendo os demais termos da sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Nélio Stábile e Des. Julizar Barbosa Trindade.

Campo Grande, 26 de maio de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho
Apelação Cível nº 0802322-51.2017.8.12.0002 – Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO – EMBARGOS DO DEVEDOR OPOSTOS À EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE – RECURSO DA EMBARGANTE – PRETENSÃO DE PAGAMENTO DIFERIDO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E DO PREPARO – INDEFERIDO – INTIMAÇÃO PARA RECOLHIMENTO DO PREPARO RECURSAL – NÃO ATENDIDA – DESERÇÃO – RECURSO DA EMBARGADA – DUPLICATA MERCANTIL SEM ACEITE – TÍTULO DE CRÉDITO CAUSAL – AUSÊNCIA DE PROVA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CORRESPONDENTE AO VALOR DO DÉBITO INDICADO LEVADO A PROTESTO – MULTA POR ATO ATENTATÓRIO À JUSTIÇA – DEVIDA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DA EMBARGADA CONHECIDO E DESPROVIDO – RECURSO DA EMBARGANTE NÃO CONHECIDO.

O preparo recursal constitui pressuposto objetivo de admissibilidade do recurso, devendo ser comprovado o seu recolhimento no momento da interposição do apelo, sob pena de implicar em não conhecimento do recurso por deserção, nos termos do artigo 1.007, *caput* e § 2º, do Código de Processo Civil.

A duplicata sem aceite é instrumento hábil a aparelhar a execução, desde que devidamente acompanhada do protesto e comprovante de entrega da mercadoria ou da prestação do serviço, nos termos do art. 15, II, da Lei nº 5.494/68.

Os documentos colacionados ao feito executivo não comprovam a prestação dos serviços representados pelas notas fiscais, tornando inviável a cobrança do crédito por meio da execução por inexistir causa subjacente às duplicatas protestadas.

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, conheceram do recurso interposto por Calnil Indústria e Comércio LTDA., mas negaram-lhe provimento e não conheceram do recurso interposto por São Fernando Energia I LTDA, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 27 de abril de 2020.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Calnil Indústria e Comércio LTDA e São Fernando Energia I LTDA contra decisão proferida pelo MM. Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados que, nos autos de Embargos do Devedor opostos, acolheu a preliminar suscitada para reconhecer

a imprestabilidade das Duplicatas nº 3196, nº 3213, nº 3240, nº 3266, nº 3281, nº 3283, nº 3305, nº 3329 e nº 3342 como títulos executivos líquidos, certos e exigíveis, e consequentemente a nulidade da Execução por Quantia Certa Contra Devedor Solvente nº 0804863-91.2016.8.12.0002, julgando ambos processos extintos.

Calnil Indústria e Comércio LTDA alega, em síntese, que:

A magistrada *a quo*, apesar de inúmeras vezes instada a se manifestar sobre a convalidação da recuperação judicial da apelada em falência, quedou-se inerte, cometendo assim erros crassos, em total descompromisso para com os autos;

Diante do que dispõe o artigo 22, § 3°, da Lei 11.101/2005, era evidente a impossibilidade de realizar acordo nos autos, fato que fez com que a apelante, com sede em outro Estado, evitasse gastos desnecessários com viagem, hospedagem e comida de seus representantes (advogado e preposto), por isso não compareceu à audiência designada;

Equivocada se mostra a sentença, pois fere o artigo 6º, da Lei Falimentar, o qual é categórico ao estabelecer que a decretação da falência suspende todas as ações e execuções face o devedor;

O serviço foi de fato prestado pela apelante à apelada, o que fica comprovado pelo contrato de prestação de serviço juntado às f. 117-131, instruído com a ata e reunião que contempla os serviços realizados de f. 133.

Ao final, requer o provimento do recurso para o fim de reformar a sentença e afastar a condenação ao pagamento de multa de 1% do valor da causa arbitrado.

Já São Fernando Energia I LTDA apela adesivamente aduzindo que:

Após a decretação da falência (f. 142), todas as ações devem prosseguir com o Administrador Judicial, que deverá ser intimado para representar a massa falida, sob pena de nulidade do processo, a teor do que dispõe artigo 76, parágrafo único, da Lei 11.101/05;

Estando a apelante com falência decretada, resta evidente a sua impossibilidade em realizar acordo, nos termos do art. 22, § 3º, da Lei Falimentar, devendo ser afastada a condenação ao pagamento da multa de 1% por ato atentatório à dignidade da justiça imposta e;

As custas judiciais e preparo recursal constituem crédito contra a massa, ou crédito extraconcursal, não cabendo a sua exigência antecipadamente.

Pugna, ao final, pelo conhecimento do recurso, independentemente do recolhimento do preparo recursal, para o fim de reformar a sentença e afastar a sua condenação ao pagamento da multa de 1%.

Contrarrazões pelo desprovimento do recurso da parte adversa.

Foi indeferido o pleito de diferimento do pagamento das custas pleiteado pela São Fernando Energia I LTDA, tendo então sido intimada para o recolhimento do preparo, contudo quedou-se inerte.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Calnil Indústria e Comércio LTDA e São Fernando Energia I LTDA contra decisão proferida pelo MM. Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados que, nos autos de Embargos do Devedor opostos, acolheu a preliminar suscitada para reconhecer a imprestabilidade das Duplicatas nº 3196, nº 3213, nº 3240, nº 3266, nº 3281, nº 3283, nº 3305, nº 3329 e nº

3342 como títulos executivos líquidos, certos e exigíveis, e consequentemente a nulidade da Execução Por Quantia Certa Contra Devedor Solvente nº 0804863-91.2016.8.12.0002, julgando ambos processos extintos.

Do recurso interposto por São Fernando Energia I LTDA.

Como relatado, houve o indeferimento do pleito de diferimento do pagamento das custas e do preparo recursal pleiteado pela São Fernando Energia I LTDA (f. 268-270), tendo sido intimada para o recolhimento do preparo, contudo quedou-se inerte.

A apelante interpôs então agravo interno contra a decisão democrática, o que restou desprovido, como se infere da certidão de f. 272.

Pois bem.

Sabe-se que o preparo é um dos pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso, sendo que a ausência deste pressuposto essencial implica o seu não conhecimento pela deserção.

Sobre o tema, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam que:

> *"2. Preparo. É um dos requisitos extrínsecos de admissibilidade dos recursos e consiste no pagamento prévio das custas relativas ao processamento do recurso, incluídas as despesas de porte com a remessa e o retorno dos autos. A ausência ou irregularidade no preparo ocasiona o fenômeno da preclusão, fazendo com que deva ser aplicada ao recorrente a pena de deserção, que impede o conhecimento do recurso."* (Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 11. ed. RT, 2010. p. 881).

Com efeito, o art. 1.007, do CPC, dispõe que:

> *"Art. 1007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção."*

Assim, ausente o preparo, o recurso não pode ser conhecido, restando deserto.

É o que se depreende dos seguintes precedentes desta Corte:

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EMBARGOS MONITÓRIOS – AUSÊNCIA DE PREPARO – INTIMAÇÃO DO AGRAVANTE PARA REALIZAR O RECOLHIMENTO EM DOBRO – INÉRCIA DA PARTE – DESERÇÃO – RECURSO NÃO CONHECIDO. I. Tendo em vista o que estabelece o § 4º do artigo 1.007 do Código de Processo Civil, o recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso o recolhimento do preparo será intimado para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção. II. No caso, a parte agravante foi devidamente intimada para realizar o recolhimento em dobro, entretanto, encerrou o prazo sem manifestação da parte. Diante disso, o recurso não pode ser conhecido, já que a ausência do preparo em dobro enseja a deserção do recurso. III. Recurso não conhecido."* (TJMS - Agravo de Instrumento nº 1410885-54.2018.8.12.0000 - Campo Grande, Rel. Des. Alexandre Bastos, 4ª Câmara Cível, DJ 4 de junho de 2019)

> *"EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO DA PARTE EMBARGADA – PRELIMINAR DE DESERÇÃO SUSCITADA DE OFÍCIO – RECURSO INDEVIDAMENTE PREPARADO – GUIA IRREGULAR – PREVIA INTIMAÇÃO PARA CORREÇÃO DO VÍCIO NÃO ATENDIDA – COMPROVANTE DE AGENDAMENTO DE PAGAMENTO – DESERÇÃO DO RECURSO – RECURSO NÃO CONHECIDO. Para o conhecimento do recurso é imprescindível a comprovação do pagamento do respectivo preparo no momento da interposição ou, ainda, que este seja feito em dobro em momento posterior, já que não comprovado no ato de interposição (§ 4º do art. 1.007 do CPC)."* (TJMS - Apelação nº 0802587-87.2016.8.12.0002 – Dourados, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, 3ª Câmara Cível, DJ 13 de março de 2018)

Destarte, não havendo comprovação acerca do recolhimento do preparo no prazo assinalado para sua efetivação, impõe-se reconhecer sua deserção.

Vale ressaltar que não há se falar em decisão surpresa, visto que a recorrente foi devidamente intimada para proceder o recolhimento do preparo, todavia, deixou de cumprir a regularização.

Dito isso, não conheço do recurso interposto por São Fernando Energia I LTDA. ante a deserção.

Do recurso interposto por Calnil Indústria e Comércio LTDA**.**

Alega a recorrente que a magistrada *a quo* incorreu em erros crassos ao não se manifestar sobre a convalidação da recuperação judicial da apelada em falência, em total descompromisso para com os autos. Defende que a teor do disposto no artigo 22, § 3°, da Lei 11.101/2005, era evidente a impossibilidade de realizar acordo, fato que fez com que a apelante, com sede em outro Estado, evitasse gastos desnecessários com viagem, hospedagem e comida de seus representantes (advogado e preposto), e por isso não compareceu à audiência designada. Argumenta ainda que o serviço foi de fato prestado à apelada, o que fica comprovado pelo contrato de prestação de serviço juntado às f. 117-131, instruído com a ata de reunião que contempla os serviços às f. 133, pugnando, ao final, pela reforma da sentença e afastamento da condenação ao pagamento de multa de 1% do valor da causa por ato atentatório à dignidade da justiça, em razão do não comparecimento à audiência de conciliação (f. 153).

Primeiramente, sobreleva dizer que é descabida a afirmativa da recorrente de que a decisão proferida deixou de analisar os pedidos das partes ou representou descompromisso com os autos, isso porque, bem ao contrário, a magistrada singular, juíza Larissa Ditzel Cordeiro Amaral, externou de modo suficiente as razões que a levaram a julgar improcedente tanto o feito executivo quanto os embargos de devedor, constatando-se, na verdade, o inconformismo com o *decisum* prolatado.

Quanto à alegação de que não houve a apreciação da petição de f. 142, protocolada pela São Fernando Energia I LTDA, informando acerca da convalidação da recuperação judicial em falência, a magistrada *a quo* proferiu a seguinte decisão às f. 170-173 após a oposição de embargos de declaração pela massa falida, *in verbis*:

> *"Entretanto, na decisão hostilizada foram apreciadas clara e suficientemente todas questões pertinentes e necessárias ao deslinde da lide, não existindo erro material a ser corrigido, omissão a ser suprida, contradição e ser esclarecida ou obscuridade a ser aclarada, muito especialmente* ***em razão da audiência de conciliação ter sido designada e as partes, através de seus procuradores à época (f. 138), intimadas em data anterior tanto àquela em que proferida a decisão convolando a recuperação judicial da Embargante em falência e subscrito o termo de compromisso pelo administrador (f. 143-152).***
>
> *Não se pode perder de vista o fato de que estes embargos foram propostos pela própria Embargante, estando ela perfeitamente ciente tanto da existência desta demanda, quanto da audiência designada. O decreto posterior de falência, não enseja, como entende, a repetição de ato processual praticado regular e anteriormente, acerca do qual foram corretamente intimados seus procuradores à época.*
>
> ***A obrigatoriedade à qual se prende, com esteio no art. 76 da Lei nº 11.101/05, alcança apenas os atos processuais praticados posteriormente, mas não enseja a nulidade daqueles regularmente praticados e levados ao conhecimento das partes anteriormente."*** (G.n.)

Observa dos autos que as partes foram devidamente intimadas acerca da audiência de conciliação a se realizar em 18/09/2017, contudo não compareceram (certidão de f. 141). Friso ainda que a decisão que convolou a recuperação judicial em falência da São Fernando Energia I LTDA foi juntada posteriormente à data da audiência pela própria massa falida (f. 142), não tendo a apelante Calnil Indústria e Comércio LTDA sequer se manifestado nos autos até então, ou mesmo apresentado justificativa quanto à impossibilidade de

comparecer à audiência designada.

Ademais, como bem salientou a julgadora singular, *"estes embargos foram propostos pela própria Embargante, estando ela perfeitamente ciente tanto da existência desta demanda, quanto da audiência designada. O decreto posterior de falência, não enseja, como entende, a repetição de ato processual praticado regular e anteriormente, acerca do qual foram corretamente intimados seus procuradores à época",* não cabendo, assim, falar em reforma da condenação de f. 153, tendo em vista que a empresa São Fernando Energia I LTDA estava ciente da existência da demanda, pois os embargos do devedor foram por ela opostos anteriormente à decretação de falência.

Assim, mantenho a condenação da apelante ao pagamento de multa de 1% pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça.

Na sequência, passo à análise da insurgência quanto ao reconhecimento da imprestabilidade das duplicatas como títulos executivos líquidos, certos e exigíveis.

Verifica-se que São Fernando Energia I LTDA opôs embargos do devedor à execução por quantia certa contra Devedor Solvente n. 0804863-91.2016.8.12.0002 que lhe promove Calnil Indústria e Comércio LTDA, com base nas duplicatas mercantis nº 3196, nº 3213, nº 3240, nº 3266, nº 3281, nº 3283, nº 3305, nº 3329 e nº 3342, todas apresentadas e protestadas por falta de pagamento e acompanhadas das respectivas notas fiscais (f. 35-70 dos apensos).

A sentença, naquilo que interessa à solução da matéria, foi vertida nos seguintes termos:

> *"A ação de execução foi proposta com base nas Duplicatas Mercantis nº 3196, nº 3213, nº 3240, nº 3266, nº 3281, nº 3283, nº 3305, nº 3329 e nº 3342, todas apresentadas e protestadas por falta de pagamento e acompanhadas das respectivas notas fiscais (f. 35-70 dos apensos).*
>
> *Dispõe o art. 15, da Lei n.º 5.474/68, que:*
>
> *A cobrança judicial de duplicata ou triplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil, quando se tratar:*
>
> *I (...).*
>
> *II - de duplicata ou triplicata não aceita, contanto que, cumulativamente:*
>
> *a) haja sido protestada;*
>
> *b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria; e*
>
> *c) o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos arts. 7º e 8º desta Lei.*
>
> *A duplicata é um título de crédito formal e causal que pressupõe efetiva compra e venda mercantil a prazo ou uma prestação de serviço, conforme arts. 1º e 2º da Lei 5.474/68.*
>
> *Art . 20. As empresas, individuais ou coletivas, fundações ou sociedades civis, que se dediquem à prestação de serviços, poderão, também, na forma desta lei, emitir fatura e duplicata.*
>
> *§ 1º A fatura deverá discriminar a natureza dos serviços prestados.*
>
> *§ 2º A soma a pagar em dinheiro corresponderá ao preço dos serviços prestados.*
>
> *§ 3º Aplicam-se à fatura e à duplicata ou triplicata de prestação de serviços, com*

as adaptações cabíveis, as disposições referentes à fatura e à duplicata ou triplicata de venda mercantil, constituindo documento hábil, para transcrição do instrumento de protesto, qualquer documento que comprove a efetiva prestação, dos serviços e o vínculo contratual que a autorizou.

Deste modo, constitui onus probandi da parte que sustenta a higidez do título de crédito levado a protesto, a juntada da duplicata, sem aceite, devidamente acompanhada do instrumento de protesto, por falta de pagamento, da nota fiscal e do respectivo documento de recebimento da mercadoria ou da prestação do serviço, nos termos do que dispõe o art. 15 da Lei n.º 5.474/68.

No caso em comento, apesar de oportunizada a emenda da petição inicial para comprovação da efetiva prestação dos serviços contratados, a Embargada carreou os autos tão somente uma cópia do instrumento de contrato celebrado entre as partes (f. 81-96) no corpo do qual, de fato, existe um cronograma para pagamento do total contratado, de acordo com a conclusão de seu objeto, no entanto, não logrou demonstrar que o tenha concluído e consequentemente que faça jus à percepção do valor exequendo.

Note-se, a 'ata de reunião'(f. 98), à tanto não se presta, servindo, apenas para evidenciar que, naquela oportunidade, fora tratada a 'equalização do cronograma físico dos escopos de caldeiraria entressafra 2014/2015 da empresa Calnil', sem qualquer menção a conclusão dos serviços e/ou reconhecimento neste sentido, pela Embargante.

Na hipótese, portanto, as duplicatas padecem de vício insanável que lhes retira a força executiva e importa, por fim, na nulidade da execução, devendo a Embargada buscar a tutela do crédito que aduz deter, através de uma ação de conhecimento, tal qual prevê o art. 16 da Lei das Duplicatas."

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO – EMBARGOS DO DEVEDOR – DUPLICATA SEM ACEITE – NULIDADE DA CITAÇÃO POR EDITAL NO BOJO DA EXECUÇÃO – AUSÊNCIA DE TÍTULO LÍQUIDO, CERTO E EXIGÍVEL – AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE VERBA HONORÁRIA. I. A citação por edital é excepcional e deve seguir rigorosamente a lei. No caso, presente a nulidade de tal ato, pois o exequente, que não é beneficiário da gratuidade da justiça, não efetuou a publicação do edital, por no mínimo duas vezes, no jornal local, conforme exigência do art. 232, inciso III, do CPC/73, vigente ao tempo da realização do ato. II. Duplicatas sem aceite, devidamente protestadas e acompanhadas de prova da entrega das mercadorias ou prestação do serviço, são títulos hábeis para embasar sua cobrança, inclusive por meio de ação de execução. Contudo, no caso, houve a juntada apenas da certidão de protesto, não tendo o exequente juntado nem das duplicatas, nem as notas fiscais e nem o comprovante de entrega das mercadorias. Assim, não há título líquido, certo e exigível, estando correto, pois, o comando de extinção do feito executivo. III. Podendo o defensor público atuar como curador especial de réu revel, sendo esta uma de suas funções, descabe a fixação de honorários advocatícios. Afastamento de tal condenação do dispositivo sentencial. Recurso parcialmente provido à unanimidade." (Apelação Cível nº 70071498596, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 23/03/2017)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO – ENSINO PRIVADO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – DUPLICATA SEM ACEITE – CONSTITUI TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL (CPC, ART. 784, I), QUANDO ACOMPANHADA DO RESPECTIVO INSTRUMENTO DE PROTESTO, DA NOTA FISCAL/FATURA E DO COMPROVANTE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – INTELIGÊNCIA DO ART. 15, II, A, B E C, C/C COM ART. 20, § 3º DA LEI N.º 5.474/1968 – NO CASO, FORAM PREENCHIDOS OS REQUISITOS – NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO – UNÂNIME." (Apelação Cível nº 70074730110, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Katia Elenise Oliveira da Silva, Julgado em 13/09/2017)

"Isso posto, com fulcro no art. 917, inciso I, art. 920, inciso II, e 803, inciso I, todos do

Código de Processo Civil, acolho a preliminar suscitada para reconhecer a imprestabilidade das duplicatas nº 3196, nº 3213, nº 3240, nº 3266, nº 3281, nº 3283, nº 3305, nº 3329 e nº 3342 como títulos executivos líquidos, certos e exigíveis e consequentemente a nulidade da Execução Por Quantia Certa Contra Devedor Solvente nº 0804863-91.2016.8.12.0002 que Calnil Indústria e Comércio LTDA. promove contra São Fernando Energia I LTDA (autos em apenso) Paulo Sérgio Freitas Santos EPP, julgando ambos processos extintos."

Acerca da executoriedade das duplicatas que instruem a execução, em que pesem os argumentos recursais, não merece prosperar a pretensão da apelante.

A duplicata mercantil é título formal e causal, podendo circular por meio de endosso. É saque fundado sobre o crédito proveniente de contrato de compra e venda mercantil ou de prestação de serviços. Esta é a definição consagrada, em síntese, pela doutrina.

Tratando-se de título causal, explica Fábio Ulhoa Coelho que sua emissão está condicionada a alguns pressupostos, podendo *"ocorrer na hipótese autorizada pela lei: a documentação de crédito nascido da compra e venda mercantil."* (Curso de direito comercial. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 457, v. 1.).

Ante tal, não se pode olvidar que a duplicata necessita da prova do negócio que deu origem à emissão dos títulos e dos valores devidos.

Dispõe o artigo 15, inciso II, da Lei nº 5.474/68:

"Art. 15. A cobrança judicial de duplicata ou triplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil quando se tratar:

(...) II - de duplicata ou triplicata não aceita, contanto que, cumulativamente: a) haja sido protestada; b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria e; c) o sacado tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos arts. 7º e 8º desta lei."

Assim, para que a duplicata ausente de aceite seja hábil a embasar a ação de execução é necessário que tenha sido protestada e acompanhada de comprovação acerca da prestação de serviços, sendo que o aceite não é condição essencial para a exigibilidade da duplicata.

In casu, conforme salientou a Julgadora singular, vejo que a recorrente não se desincumbiu do seu ônus de comprovar o serviço efetivamente prestado, que teria dado origem ao crédito indicado nas duplicatas protestadas, sendo que ela não trouxe aos autos os recibos da prestação dos serviços, juntando apenas uma cópia do instrumento de contrato celebrado entre as partes (f. 81-96) e uma ata de reunião (f. 98) que trata sobre a *"equalização do cronograma físico dos escopos de caldeiraria entressafra 2014/2015 da empresa Calnil"*, na qual inexiste qualquer menção quanto à conclusão dos serviços que alega ter prestado.

Tais elementos são mesmo insuficientes para reconhecer a exigibilidade do débito e a força executiva dos títulos discutidos nestes autos.

Gizo que as duplicatas sem aceite, objeto de protesto por falta de pagamento, devem ser confirmadas por documentos hábeis a comprovar a prestação de serviço, sob pena de não ser reconhecida a exigibilidade.

A propósito, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL – CIVIL E EMPRESARIAL – TÍTULO DE CRÉDITO – PRINCÍPIOS – CARTULARIDADE – ABSTRAÇÃO – AUTONOMIA – INOPONIBILIDADE DE EXCEÇÕES PESSOAIS – TERCEIRO DE BOA-FÉ – DUPLICATA SIMULADA – CAUSA – INEXISTÊNCIA – DEFEITO FORMAL – ACEITAÇÃO – PROTESTO REGULAR – ART. 15, II, DA LEI 5474/68 – INOCORRÊNCIA – EXERCÍCIO DE DIREITOS CONTRA O ENDOSSANTE – PROTESTO – DESNECESSIDADE. (...) 2. A duplicata é um título causal

que só passa a ter existência cambial, abstrata, pelo reconhecimento expresso do comprador ou tomador de serviço da prática do ato que possibilita sua emissão, com o aceite, ***ou pelo protesto acompanhado da comprovação da entrega e recebimento da mercadoria ou prestação do serviço, sem recusa regular, conforme prevê o art. 15, I e II, da Lei 5.474/68****. (...).”* (REsp 1634859/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 09/03/2017, DJe 14/03/2017). (g.n.)

“AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – DUPLICATA SEM ACEITE – TÍTULO EXECUTIVO – CONFIGURAÇÃO – MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – SÚMULA Nº 7/STJ. 1. ***A duplicata sem aceite devidamente protestada e acompanhada dos documentos suficientes para comprovar a entrega das mercadorias é título hábil a aparelhar processo de execução.*** *2. O reexame da conclusão do acórdão acerca da higidez do título executivo, diante da comprovada realização do negócio jurídico, encontra óbice, no caso concreto, na Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça. 3. Agravo interno não provido.”* (AgInt no AREsp 921.529/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 27/09/2016, DJe 30/09/2016) (G.n.)

No mesmo sentido, desta Corte de Justiça:

“EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO/DÉBITO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – AFASTADA – PROVA DA HIPOSSUFICIÊNCIA – JUSTIÇA GRATUITA CONCEDIDA – DUPLICATA MERCANTIL – TÍTULO DE CRÉDITO CAUSAL – NÃO APRESENTAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS – AUSÊNCIA DE PROVA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CORRESPONDENTE AO VALOR DO DÉBITO INDICADO LEVADO A PROTESTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Será concedida justiça gratuita à parte, mesmo em se tratando de pessoa jurídico, que comprovar por meio de documentos hábeis, a insuficiência de recursos, para arcar com as custas e despesas do processo. 2. A duplicata é um título de crédito causal, facultativamente emitido com base em fatura representativa de compra e venda ou prestação de serviço. Em outras palavras, é um saque representativo de um negócio preexistente. A sua regularidade está diretamente vinculada à existência da contratação subjacente . 3. Para que se reconheça a exigibilidade de duplicatas não aceitas, necessário se faz que estejam acompanhadas de documentos aptos a comprovar a entrega e o recebimento das mercadorias e/ou prestação de serviço, como é o caso - 4. Não restando demonstrada a prestação de serviço, correspondente ao valor da dívida indicada, pela ausência de juntada das notas fiscais, recibo de depósito e retirada de bens pelo representante legal do autor, não há falar em exigibilidade do débito.” (TJMS - Apelação Cível n. 0007017-31.2010.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, DJ 26/03/2019)

“EMENTA – APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – DUPLICATAS SEM ACEITE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA ENTREGA DAS MERCADORIAS OU DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – TÍTULO EXECUTIVO QUE NÃO SE REVESTE DOS REQUISITOS LEGAIS – ART. 15, II, DA LEI Nº 5.474/68 – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. A duplicata sem aceite é instrumento hábil a aparelhar a execução, desde que devidamente acompanhada do protesto e comprovante de entrega da mercadoria ou da prestação do serviço, nos termos do art. 15, II, da Lei nº 5.494/68. Os documentos colacionados ao feito executivo não comprovam a entrega das mercadorias representadas pelas notas fiscais, tornando inviável a cobrança do crédito por meio da execução por inexistir causa subjacente às duplicatas questionadas.” (TJMS - Apelação Cível n. 0803030-04.2017.8.12.0002, Dourados, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Eduardo Machado Rocha, DJ 03/10/2018)

Desse modo, não restando comprovada a prestação do serviço correspondente ao valor da dívida indicada pela apelante, não há falar em exigibilidade do débito, conforme considerado na sentença vergastada.

Por todas essas considerações, conheço do recurso interposto por Calnil Indústria e Comércio LTDA., mas nego-lhe provimento, e não conheço do recurso interposto por São Fernando Energia I LTDA.

Em observância ao disposto no art. 85, §§ 1º e 11, do CPC, majoro os honorários advocatícios fixados na origem devidos pela parte embargada em 2%.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram do recurso interposto por Calnil Indústria e Comércio LTDA., mas negaram-lhe provimento e não conheceram do recurso interposto por São Fernando Energia I LTDA, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 27 de abril de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho
Agravo de Instrumento nº 1403697-39.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL (HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS) – PENHORA SOBRE RENDIMENTO DECORRENTE DE PENSÃO ALIMENTÍCIA – MEDIDA EXCEPCIONAL À REGRA DA IMPENHORABILIDADE – NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA RENDA LÍQUIDA DA EXECUTADA, A FIM DE QUE NÃO SEJAM VIOLADOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – SUSPENSÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU PARA ATÉ QUE SE OBTENHA TAL INFORMAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O art. 833, inc. IV, do CPC dispõe sobre a impenhorabilidade das pensões, no entanto, o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de flexibilizar essa regra, admitindo a constrição de percentual da referida verba, desde que assegurada a subsistência do devedor e de sua família, com preservação do mínimo existencial e da dignidade. (EREsp 1.582.475/MG julgado pela Corte Especial do e. STJ em 03/10/18).

Apesar disso, ou seja, da tendência de mitigação do art. 833, inciso IV, § 2º do CPC, orientando-se no sentido de ampliar a eficácia das normas fundamentais do processo civil, sobretudo para possibilitar o cumprimento das obrigações, com a penhora de conta salário, do próprio salário e até de pensões, é certo também ponderar que os pedidos devem ser analisados caso a caso, com observância aos demais princípios sensíveis, dentre os quais a dignidade da pessoa humana.

Diante da possibilidade de violação desses princípios, com a determinação de penhora de percentual sobre pensão alimentícia recebida pela devedora, deve ser suspensa a decisão respectiva, até que se obtenha informações sobre a real condição financeira da devedora.

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, 27 de abril de 2020.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Andrea Ferreira da Silva Paim, contra dcisão proferida pelo MM. Juiz da 8ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos de execução de título extrajudicial (honorários advocatícios), movidos por Cleverson Quirino da Silva, que deferiu a penhora sobre 10% da remuneração líquida da agravante, durante o período necessário à satisfação do débito.

Alega, em síntese, que apesar do STJ ter se posicionado pela possibilidade, em situações excepcionais,

de penhora sobre a renda do devedor, existem fatores que devem ser considerados, a fim de não comprometer o mínimo para a sua sobrevivência e de sua família.

Ressalta que a recorrente é pessoa sem recursos financeiros, tanto que está sendo patrocinada pela Defensoria Pública e a manutenção da decisão combatida terá prejuízo de grande monta, repercutindo na sua dignidade e sustento, ponderando que não foi indicado nos autos os rendimentos percebidos pela devedora.

Assim, pede a concessão da tutela antecipada recursal, para que a decisão combatida seja suspensa, até que se conheça os valores mensais recebidos pela agravante e no mérito o seu provimento, confirmando a tutela concedida.

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo.

Em contrarrazões, o agravado rebate todos os argumentos da agravante, afirmando que ela não tem interesse recursal, já que a decisão singular lhe foi favorável. Assim, pede o não conhecimento do recurso e no mérito o seu desprovimento.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Da preliminar de não conhecimento do recurso, por ausência de interesse recursal.

Diversamente do que aduzo o recorrido, há sim interesse da agravante neste recurso, pois a decisão de primeiro de primeiro grau determinou a penhora sobre seus rendimentos mensais, embora tenha deferido percentual menor que aquele pedido pelo exequente.

Assim, busca ela a suspensão da decisão, até que o feito seja melhor instruído e ela possa comprovar que não é o caso de se aplicar a exceção defendida pela jurisprudência pátria, de penhora de salário, tendo em vista sua real situação financeira.

Dessem modo, vejo que há sim interesse recursal da agravante, motivo por que afasto a preliminar cogitada.

Do mérito.

No caso, como relatado, a recorrente se insurge contra decisão do Julgador singular que deferiu a penhora sobre 10% dos seus rendimentos líquidos.

Nesse passo, como já salientado na decisão que recebeu este recurso, não se pode olvidar que o art. 833, inc. IV, do CPC dispõe sobre a impenhorabilidade das pensões, no entanto, o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de flexibilizar essa regra, admitindo a constrição de percentual da referida verba, desde que assegurada a subsistência do devedor e de sua família, com preservação do mínimo existencial e da dignidade. (EREsp 1.582.475/MG julgado pela Corte Especial do e. STJ em 03/10/18).

Apesar disso, ou seja, da tendência de mitigação do art. 833, inciso IV, § 2º do CPC, orientando-se no sentido de ampliar a eficácia das normas fundamentais do processo civil, sobretudo para possibilitar o cumprimento das obrigações, com a penhora de conta salário, do próprio salário e até de pensões, é certo também ponderar que os pedidos devem ser analisados caso a caso, com observância aos demais princípios sensíveis.

Na hipótese, é certo afirmar que não há maiores informações sobre a indicação do real valor recebido pela devedora, ou seja, não se tem maiores evidências sobre o impacto da constrição sobre a sua vida financeira e se isso irá comprometer sua subsistência e de sua família e, como se trata de situação excepcional, deve ser tratada com parcimônia.

Desse modo, *a priori*, havendo a possibilidade de a penhora afrontar direitos fundamentais do devedor, como a dignidade da pessoa humana, tenho o recurso deve ser parcialmente provido, para o fim de suspender os efeitos da decisão de primeiro grau, até que se obtenha maiores informações sobre os rendimentos mensais da autora e suas despesas com sua subsistência e de sua família, momento em que se poderá avaliar sobre a possibilidade de aplicação da medida excepcional de penhora sobre rendimentos.

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. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Eduardo Machado Rocha.

Campo Grande, 27 de abril de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho
Agravo de Instrumento nº 1401272-39.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE COBRANÇA – CONDOMÍNIO – FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PENHORA DE IMÓVEL GRAVADO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – POSSIBILIDADE – DÍVIDA DE CONDOMÍNIO – OBRIGAÇÃO *PROPTER REM* – PREFERÊNCIA DO CONDOMÍNIO AO CREDOR FIDUCIÁRIO – RECURSO PROVIDO.

As obrigações derivadas do rateio condominial não constituem dívida civil, mas gravame de cunho *propter rem*, ou seja, são relacionadas com a res, a coisa. Tais obrigações têm origem na conservação da própria coisa e por isto, agregam-se a ela, sujeitando o proprietário do bem imóvel a responder pelo seu pagamento.

Conforme entendimento jurisprudencial, o crédito decorrente de taxa condominial, por sua natureza *propter rem,* prefere, inclusive, aos créditos decorrentes de garantia real como a hipoteca, o mesmo ocorrendo em relação à propriedade resolúvel, como a alienação fiduciária.

Embora o imóvel esteja gravado com alienação fiduciária em favor da Caixa Econômica Federal, a dívida decorrente de taxa condominial, pela mencionada natureza *propter rem*, adere à coisa, independentemente de quem seja o seu titular, autorizando-se, portanto, a penhora do bem pelo débito condominial vencido após a instituição da propriedade resolúvel dada em garantia de dívida habitacional.

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, 6 de maio de 2020.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Condomínio Parque Residencial Pantanal contra decisão proferida pelo MM. Juiz da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos de ação de cumprimento de sentença (execução de despesas de condomínio), movida em face de Maira de Campos, que indeferiu o pedido de penhora sobre o imóvel da requerida, sob o fundamento de que há registro de alienação fiduciária em favor da Caixa Econômida Federal, trantando-se, pois de propriedade resolúvel. Deferiu apenas a penhora sobre os direitos da devedora sobre o bem.

Alega, em síntese, que ajuizou execução em desfavor da agravada, visando receber valores de cotas condominiais atrasadas. Para tanto, pediu a penhora do apartamento n. 11, do Bloco H, gerador da dívida em

questão, sendo que tal bem encontra-se alienado fiduciariamente à CEF, motivo por que o Julgador singular deferiu a constrição judicial somente sobre os direitos do devedor sobre o bem indicado.

Apesar disso, ressalta que o débito condominial possui caráter *propter rem,* que adere à coisa e não à pessoa, portanto, seria irrelevante o fato de ter havido cessão de direito, porque, segundo ele, seria o imóvel que responderia pela execução, independentemente de quem seja seu proprietário ou possuidor. Requereu o provimento do recurso, para que seja deferida a penhora sobre o imóvel em questão.

Ressalta que o STJ, por meio da Súmula 478, corrobora tal entendimento, quando reconhece a preferência do crédito condominial ao hipotecário. Ao final, o provimento do recurso, confirmando a tutela concedida.

Assim, pede a concessão da tutela antecipada recursal, para o fim de que seja reformada a decisão combatida e autorizar que a penhora recaia sobre o imóvel indicado nos autos.

Em contrarrazões, o recorrido rebate os argumentos do agravante e pede o desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Condomínio Parque Residencial Pantanal contra decisão proferida pelo MM. Juiz da 15ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos de ação de cumprimento de sentença (execução de despesas de condomínio), movida em face de Maira de Campos, que indeferiu o pedido de penhora sobre o imóvel da requerida, sob o fundamento de que há registro de alienação fiduciária em favor da Caixa Econômida Federal, trantando-se, pois de propriedade resolúvel. Deferiu apenas a penhora sobre os direitos da devedora sobre o bem.

Nesse passo, vejo que o agravante, como relatado, busca o reexame da questão tratada nos autos da origem (pedido de penhora sobre o imóvel do devedor de despesas de condomínio), defendendo a possibilidade de o imóvel alienado fiduciariamente à Caixa Econômica Federal ser penhorado, ao argumento de que as despesas condominiais consistem em obrigação *propter rem*, ou seja, que aderem à coisa, cuja garantia de pagamento é a própria unidade autônoma geradora da dívida.

Em face disso, é importante considerar que as obrigações derivadas do rateio condominial não constituem dívida civil, mas gravame de cunho *propter rem,* ou seja, são relacionadas com a *res,* a coisa. Tais obrigações têm origem na conservação da própria coisa e por isto, agregam-se a ela, sujeitando o proprietário do bem imóvel a responder pelo seu pagamento.

Na lição de Silvio Salvo Venosa: *"Existem situações nas quais o proprietário é por vezes sujeito de obrigações apenas porque é proprietário (ou possuidor), e qualquer pessoa que o suceda assumirá esta obrigação."* (Direito civil. 9. ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 15, v. 4. Artigo 1345)

Portanto, no caso, *a priori*, tenho que não importa quem usufruiu os benefícios ou contribuiu para a geração das despesas, uma vez que a responsabilidade pelo pagamento deriva, unicamente, da propriedade do bem, como, aliás, prevê, expressamente, o artigo 13454 , do Código Civil.

Sobre o tema, a jurisprudência se posiciona nos seguintes termos:

> *"AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE COBRANÇA DE COTAS CONDOMINIAIS – RESPONSABILIDADE DO ARREMATANTE – OBRIGAÇÃO PROPTER REM. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que se trata a dívida de condomínio de obrigação propter rem, sendo a pessoa que arrematou o*

bem e cujo nome consta no registro do imóvel como proprietário responsável pelo pagamento das cotas condominiais vencidas, ainda que anteriores à arrematação, ressalvada a hipótese de omissão do edital quanto aos referidos débitos. 2. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 227.546/DF, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 18/08/2015, DJe 27/08/2015)

Saliente-se, ainda, que conforme entendimento jurisprudencial, o crédito decorrente de taxa condominial, por sua natureza *propter rem*, como visto acima, prefere inclusive aos créditos decorrentes de garantia real como a hipoteca, o mesmo ocorrendo em relação à propriedade resolúvel, como a alienação fiduciária.

Ainda:

"CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – DÉBITO SOB EXECUÇAO DECORRENTE DE QUOTAS CONDOMINIAIS IMPAGAS – PENHORA DE IMÓVEL GRAVADO COM ALIENAÇAO FIDUCIÁRIA – POSSIBILIDADE – OBRIGAÇAO PROPTER REM VENCIDA NOS MESES SUBSEQUENTE À INSTITUIÇAO DA ALIENAÇAO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA – PREFERÊNCIA DO CONDOMÍNIO AO CREDOR FIDUCIÁRIO – DECISAO REFORMADA – INSURGÊNCIA RECURSAL ACOLHIDA. 1 De sabença, constituiu-se a contribuição condominial em obrigação propter rem, assim considerada aquela que, sem derivar diretamente da vontade das partes, decorre das relações do devedor e do credor em relação a um bem, acompanhando-o independentemente das mutações na titularidade dominial. 2 Logo, conquanto o imóvel esteja gravado com alienação fiduciária em favor da Caixa Econômica Federal, a dívida decorrente de taxa condominial, pela mencionada natureza propter rem, adere à coisa independentemente de quem seja o seu titular, permitindo-se, portanto, a penhora do bem pelo débito condominial vencido após a instituição da propriedade resolúvel dada em garantia de dívida habitacional." (TJSC – AI n 2012.086073-3 – unânime - Rel. Des. Trindade dos Santos - J. 13.06.2013)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO – DESPESAS CONDOMINIAIS – COBRANÇA – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PENHORA SOBRE BEM OBJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. Se a despesa condominial é dívida propter rem que onera o próprio bem, pode ser exigida de todo e qualquer titular de um direito real sobre a coisa, sendo irrelevante o fato de constituir objeto de contrato de alienação fiduciária em garantia. Decisão reformada. Recurso provido. (TJSP – AI 0031508-13.2013.8.26.0000, Relator: Felipe Ferreira, Data de Julgamento: 19/06/2013, 26ª Câmara de Direito Privado) Condomínio. Despesas. Fase executiva. Decisão agravada que declarou nula a penhora do imóvel, determinado nova constrição sobre os direitos que a executada possui sobre o bem objeto de alienação fiduciária. Insurgência acolhida. Dívida propter rem, incidente sobre o imóvel, possuindo atributos que garantem a oponibilidade através do direito de sequela, constituindo-se em direito sobre a coisa, de modo a permitir a perseguição do bem para satisfação da dívida. Ré que ostenta posição jurídica de proprietária fiduciária. Eventuais direitos da credora fiduciária que vem ser exercidos pela via adequada. Recurso provido. Diante da regra jurídica acerca da natureza da obrigação propter rem, a diferenciação entre direitos sobre o imóvel objeto de alienação fiduciária em relação à executada, não conduz à nulidade da penhora que já foi realizada e incidiu sobre o imóvel. A razão da lei é protetiva e os encargos devidos atingem o imóvel em sua integralidade. Ou seja, a dívida está garantia pela unidade condominial, independentemente de quem detenha a titularidade dos direitos de propriedade, inclusive porque conserva a fiduciante a propriedade material. A condômina é a proprietária fiduciária." (TJ-SP - AI: 20359216420158260000 SP 2035921-64.2015.8.26.0000, Relator: Kioitsi Chicuta, Data de Publicação: 01/05/2015)

Importante citar parte da fundamentação deste último aresto:

"(...) a natureza da dívida condominial é propter rem, derivada da conservação do imóvel, não tendo a alienação fiduciária que pesa sobre o bem o condão de afastar a penhora independentemente da titularidade, até porque o fiduciante conserva a propriedade material. Significa dizer que o próprio imóvel é onerado e responde pelo débito e, assim sendo, a pessoa do devedor se individualiza pela titularidade. Estando a dívida vinculada ao imóvel, torna-se

irrelevante a existência de contrato de alienação fiduciária. Há poder de sequela conferido pela lei, alcançando a execução o imóvel e não apenas os direitos sobre ele. Há preferência que se sobrepõe à fidúcia em prol da coletividade. Como consequência da natureza da obrigação, tem-se que a constrição não se atém apenas a direitos sobre o imóvel. A própria conceituação do regime de alienação fiduciária, na qual a propriedade fiduciária é limitada, conservando o fiduciante a propriedade material, sendo o pacto de garantia, permite inferir a conclusão exposta. Desse modo, se a despesa condominial possui natureza propter rem, que onera o próprio bem, pode ser exigida de todo em qualquer titular de direito real sobre a coisa, sendo irrelevante o fato de constituir objeto de contrato de alienação fiduciária em garantia." (TJSP – AgReg n. 004257-83.2013.8.26.0000/5000 – Rel. Artur Marques).

Por todas essas considerações, dou provimento ao recurso, para o fim de reformar a decisão agravada e de deferir a penhora sobre o imóvel indicado pelo agravante, ou seja, apartamento n. 11, do bloco H.

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. Marco André Nogueira Hanson.

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, 6 de maio de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago
Apelação Cível nº 0839055-87.2015.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA AFASTADAS – PLANO DE SAÚDE – NEGATIVA DE COBERTURA DE TRATAMENTO INDICADO POR MÉDICO ESPECIALISTA – RESOLUÇÃO ANS – ROL EXEMPLIFICATIVO – ABALO MORAL EVIDENCIADO – MONTANTE INDENIZATÓRIO – PLEITO DE REDUÇÃO – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE CARÁTER ABUSIVO NO VALOR FIXADO NA SENTENÇA – RECURSO IMPROVIDO.

Se o magistrado compreender que a produção de novas provas trata-se de providência inútil, que em nada acrescentará ao seu convencimento, ressai como dever e não como faculdade o julgamento antecipado da lide, a teor do que dispõe o art. 355, I, do CPC. Isso porque qualquer demora em examinar o mérito importa em violação do direito fundamental à duração razoável do processo (arts.5º, LXXVIII, CF e art.4º. CPC), implicando em dilação indevida na resolução da causa. Não há julgamento ultra petita em relação aos danos morais, pois a importância indicada pelo autor na petição inicial se apresenta como mera estimativa, cabendo ao prudente arbítrio e ponderação do julgador definir os limites da compensação monetária. Prevalece na jurisprudência o entendimento segundo o qual a lista disponibilizada pela agência reguladora - ANS traz apenas a referência básica para cobertura assistencial mínima obrigatória nos planos de saúde, não indicando minuciosamente todos os tratamentos que devem ser cobertos pelas operadoras. Nessa perspectiva, quando houver previsão contratual de cobertura da doença e respectiva prescrição médica do meio para o restabelecimento da saúde, é dever da operadora de plano de saúde oferecer o tratamento indispensável ao usuário, considerando-se abusiva a negativa de cobertura ao argumento de que a terapia postulada não está prevista no rol da ANS. A recusa injustificada de cobertura por parte do plano de saúde agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do usuário, já abalado e com a saúde debilitada. Desse modo, a negativa abusiva do plano de saúde à cobertura do tratamento indicado representa afronta direta ao direito à saúde e à vida digna do apelado, sendo impositiva a condenação da apelante em indenizá-lo pela ofensa moral causada. Dada a gravidade do quadro clínico do apelado e da sua situação socioeconômica, o comportamento abusivo da apelante ganha maior densidade, justificando o valor indenizatório fixado em primeira instância, que observou as particularidades do caso concreto, analisadas sob os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade.

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 abril de 2020.

Des. Geraldo de Almeida Santiago

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Unimed Campo Grande MS - Cooperativa de Trabalho Médico interpõe recurso de apelação contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou procedente o pedido formulado por Luiz Hidenoi Moroto, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer e Indenização nº. 0839055-87.2015.8.12.0001.

Em razões recursais, suscita preliminar de cerceamento de defesa pelo indeferimento da prova pericial requerida por ambas as partes. Ademais, levanta preliminar de nulidade da sentença, na parte em que arbitrou os danos morais em quantia superior ao pleiteado na inicial.

No mérito, alega, em síntese, que o tratamento requerido pelo apelado não consta no rol de procedimentos obrigatórios previstos pela ANS e não possui previsão contratual, de modo que fica afastada a obrigatoriedade da cobertura pelo plano de saúde.

Ademais, sustenta que, se não houve negativa indevida de cobertura, não há que se falar em indenização por danos morais. Por fim, se mantida a condenação, pede o redimensionamento do *quantum* arbitrado.

Pugna pelo acolhimento das preliminares e, no mérito, pede pelo provimento do recurso para que seja reformada a sentença, julgando-se improcedente o pedido inicial.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Unimed Campo Grande MS - Cooperativa de Trabalho Médico contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou procedente o pedido formulado por Luiz Hidenoi Moroto, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer e Indenização nº. 0839055-87.2015.8.12.0001.

De início, é necessário enfrentar as preliminares levantadas pela apelante.

Alega a apelante que, ao julgar antecipadamente a lide, sem oportunizar às partes a produção de outras provas, especialmente a pericial, incorreu o juiz em cerceamento de defesa, devendo a sentença, por isso, ser declarada nula.

Sem razão a apelante, absolutamente.

Como cediço, é o juiz destinatário da prova, que tem a incumbência de decidir sobre a necessidade ou não de dilação probatória mais ampla ou, ao invés, julgar antecipadamente os pedidos iniciais.

Entendendo que os documentos constantes nos autos não são suficientes para a formação de seu livre convencimento, poderá conceder às partes a oportunidade para que especifiquem as provas a serem produzidas ou complemente-as. Por outro lado, se o magistrado compreender que a produção de novas provas trata-se de providência inútil, que em nada acrescentará ao seu convencimento, ressai como dever e não como faculdade o julgamento antecipado da lide, a teor do que dispõe o art.355, I, do CPC.

Isso porque qualquer demora em examinar o mérito importa em violação do direito fundamental à duração razoável do processo (arts.5º, LXXVIII, CF e art.4º. CPC), implicando em dilação indevida na resolução da causa.

Ademais, em homenagem ao princípio *pas de nullité sans grief,* não se declara nulidade se o vício apontado não violar o direito fundamental ao processo justo, pois a decretação de nulidade dos atos processuais

depende da efetiva demonstração de prejuízo.

Na hipótese, diz o apelante que *"foram requeridas as provas pericial e documental, a fim de se comprovar que o tratamento pleiteado não foi requerido em caráter de urgência e/ou emergência, mas sim eletivo, e que, via de consequência, não existia circunstância que obrigasse a apelante a custear o medicamento da maneira em que o juízo a quo entendeu."*

Ocorre que a questão da urgência/emergência sequer foi utilizada como argumento para embasar a decisão recorrida, posto que impertinente à resolução da controvérsia, como foi destacado pelo juiz *a quo* (f. 81-82) E, além disso, não logrou a apelante demonstrar o suposto prejuízo que lhe teria ocasionado o indeferimento da prova.

Desse modo, se a prova indeferida seria inútil ao desate da demanda e não trouxe à apelante qualquer prejuízo, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa.

Ainda, preliminarmente, requer a apelante a nulidade da sentença, na parte em que arbitrou os danos morais em quantia superior ao pleiteado na inicial.

A preliminar não merece acolhida.

De acordo com o posicionamento desse E.TJMS, não o há julgamento *ultra petita* em relação aos danos morais. É que, em tema de indenização por danos morais, a importância indicada pelo autor na petição inicial não passa de mera estimativa, cabendo ao juiz definir os limites da compensação monetária. Assim, fica a critério do prudente arbítrio do magistrado arbitrar valor em consonância com as particularidades do caso concreto, podendo a importância ser fixada em valor maior ou menor do que o pretendido, bastando, para tal, existir convincente fundamentação judicial. Veja-se o seguinte aresto:

> *"APELAÇÕES CÍVEIS E RECURSO ADESIVO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS – PRELIMINARES DE DESERÇÃO E SENTENÇA ULTRA PETITA – REJEITAS – MÉRITO – FRAUDE – RELAÇÃO DE CONSUMO CARACTERIZADA – DEVER DE FORNECER SERVIÇOS ADEQUADOS, EFICIENTES E SEGUROS – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 385 STJ – QUANTUM INDENIZATÓRIO – FIXAÇÃO DENTRO DOS PATAMARES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – JUROS DE MORA A PARTIR DO EVENTO DANOSO – SÚMULA 54 DO STJ – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – MANTIDOS – RECURSOS DAS REQUERIDAS DESPROVIDOS – RECURSO ADESIVO DO REQUERENTE PARCIALMENTE PROVIDO. Nos termos do art. 511, § 2º, do Código de Processo Civil de 1973, na hipótese de insuficiência do valor recolhido, e não a falta de preparo, deve-se assegurar à parte oportunidade para a complementação. Rejeita-se a preliminar de deserção quando a parte intimada efetua a devida complementação do preparo.* ***Não há julgamento ultra petita em relação aos danos morais, pois a importância indicada pelo autor na petição inicial se apresenta como mera estimativa, cabendo ao prudente arbítrio e ponderação do julgador definir os limites da compensação monetária.*** *Tendo em vista que o pedido de reparação de dano formulado decorre de fato do serviço (art. 14, CDC), o ônus de comprovar a validade do vínculo obrigacional constituído entre as partes é do fornecedor, de acordo com o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor e art. 333, II, do Código de Processo Civil. Não havendo sua comprovação e as hipóteses de excludente de responsabilidade, impõe-se o dever de indenizar. Afasta-se a aplicação da Súmula 385 do STJ, quando demonstrado que se encontram sub judice os apontamentos anteriores existentes no cadastro de proteção ao crédito. Para a fixação do quantum da indenização pelo dano moral causado, o julgador deve aproximar-se criteriosamente do necessário a compensar a vítima pelo abalo sofrido e do valor adequado ao desestímulo da conduta ilícita, atendo sempre ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Em se tratando de condenação por danos morais decorrentes de responsabilidade extracontratual, a data inicial para a incidência dos juros de mora é a partir do evento danoso, conforme dispõe a Súmula 54 do STJ. Atendidos os critérios constantes no 20, § 3º, do CPC, mantém-se os honorários advocatícios arbitrados em 15% do valor da condenação."* (TJ-MS - APL: 08190005220148120001 MS 0819000-

52.2014.8.12.0001, Relator: Des. Eduardo Machado Rocha, Data de Julgamento: 05/07/2016, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 06/07/2016).

Com essas considerações, por não ter incorrido o julgador em vício *ultra-petita*, rejeito a preliminar de nulidade da sentença.

Superadas as preliminares, passo ao exame do mérito.

Em suma, o cerne da questão cinge-se em definir se, não havendo previsão pela ANS de cobertura do tratamento, seria legítima a recusa do plano de saúde em fornecê-lo.

Os contratos de assistência à saúde têm natureza aleatória e relevante finalidade social, não podendo prevalecer a tese de que a cobertura de procedimentos esteja restrita aos casos previstos no instrumento contratual e limitada às Diretrizes de Utilização do Rol da ANS, sob pena de desequilíbrio da avença em desfavor do aderente, que ficaria, assim, privado de usufruir de qualquer procedimento decorrente do avanço na medicina, sendo certo que nos termos do art. 423 do Código Civil, as cláusulas ambíguas ou contraditórias devem ser interpretadas em favor do aderente.

É por isso que prevalece na jurisprudência o entendimento segundo o qual a lista disponibilizada pela agência reguladora - ANS traz apenas a referência básica para cobertura assistencial mínima obrigatória nos planos de saúde, não indicando minuciosamente todos os tratamentos que devem ser cobertos pelas operadoras.

Nesse sentido:

> *"(...) 2* - **Consoante jurisprudência iterativa das Cortes nacionais, inclusive do Colendo Superior, o contrato pode prever quais moléstias estarão cobertas pelo plano de saúde, mas não os tratamentos a serem utilizados, sobrelevando o princípio da dignidade da pessoa humana na interpretação do pacto, razão pela qual tem-se que o rol de procedimentos da ANS é meramente exemplificativo, devendo-se afastar apenas tratamentos experimentais, sem comprovação científica de eficácia** *e, muito menos, reconhecido como medida terapêutica pelos órgãos e entidades competentes para tanto, tais como a própria ANS e o Conselho Federal de Medicina. 3 - Recurso conhecido e desprovido. (TJMS – Apelação 0035066-48.2011.8.12.0001, Des. Vladimir Abreu da Silva, 5.ª Câmara Cível, 02/02/2015).*
>
> *(...)* **com efeito mostra-se abusiva a negativa de cobertura quanto ao procedimento necessitado pelo apelado, por inferência lógica, já que o plano prevê o tratamento da patologia que o acomete, e o impedimento à tratamento mais eficaz pelo simples fato de não constar no Rol de Procedimentos de cobertura obrigatória editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), não é suficiente para eximir a cooperativa, já que a lista de serviços contratados é meramente exemplificativa e serve apenas como referência para os planos de saúde privados**. *Neste contexto, em casos como o dos autos, razoável concluir-se que a referida cláusula contratual excludente de cobertura deve ser interpretada da maneira mais favorável ao consumidor, não se podendo negar ou condicionar o procedimento, que foi de forma expressa prescrito pelo médico para o paciente, como condição para manutenção da sua vida."* (TJMS – Apelação n. 0827058-78.2013.8.12.0001, Des. Divoncir Schreiner Maran, 1.ª Câmara Cível, 11/04/2016). (G.n.)

A Corte Superior também já se manifestou sobre a questão:

> *"PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO – RECURSO ESPECIAL – PLANO DE SAÚDE SOB A MODALIDADE DE AUTOGESTÃO – INAPLICABILIDADE DO CDC – SÚMULA 608/STJ – JULGAMENTO COM BASE EM OUTROS FUNDAMENTOS – DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA NOVO JULGAMENTO DA APELAÇÃO –DESNECESSIDADE – NEGATIVA DE COBERTURA INDEVIDA – SÚMULA 83/STJ – DANOS MORAIS – OCORRÊNCIA – REVISÃO DO VALOR – IMPOSSIBILIDADE – TESE DO RECURSO ESPECIAL QUE DEMANDA REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO E PROBATÓRIO DOS AUTOS – SÚMULA 7/STJ – AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.*

1. A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça consagrou entendimento no sentido de não se aplicar o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, haja vista a inexistência de relação de consumo (Súmula nº 608/STJ).

2. É desnecessário o retorno dos autos à origem para novo julgamento do recurso de apelação se a Corte estadual não decidiu a causa exclusivamente à luz do Código de Defesa do Consumidor.

3. **A jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que é abusiva a negativa de cobertura, pela operadora de plano de saúde - mesmo aquelas constituídas sob a modalidade de autogestão - de algum tipo de procedimento, medicamento ou material necessário para assegurar o tratamento de doenças previstas no contrato**. *4. O Tribunal de origem julgou nos moldes da jurisprudência desta Corte. Incidente, portanto, a Súmula 83 do STJ.*

5. Tendo a instância de origem concluído, a partir do exame das provas dos autos, que a recusa de cobertura pelo plano de saúde foi injustificada e ocorrida em momento de grave estado de saúde do beneficiário, causando danos morais, a revisão desse entendimento demanda reexame da matéria de fato, incabível no âmbito do recurso especial (Súmula 7/STJ).

6. Consoante entendimento pacificado no STJ, o valor da indenização por danos morais só pode ser alterado na instância especial quando manifestamente ínfimo ou exagerado, o que não se verifica na hipótese dos autos.

7. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1776448/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019)

(...) 2. **O fato de eventual tratamento médico não constar do rol de procedimentos da ANS não significa, per se, que a sua prestação não possa ser exigida pelo segurado, pois, tratando-se de rol exemplificativo, a negativa de cobertura do procedimento médico cuja doença é prevista no contrato firmado implicaria a adoção de interpretação menos favorável ao consumidor.** *3. É inviável agravo regimental que deixa de impugnar fundamento da decisão recorrida por si só suficiente para mantê-la. Incidência da Súmula n. 283 do STF. 4. É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada. (Súmula n. 182 do STJ). 5. Agravo regimental parcialmente conhecido e desprovido."* (STJ - AgRg no AREsp 708082 / DF, Ministro João Otávio De Noronha, Terceira Turma, DJe 26/02/2016). (G.n.)

Nessa perspectiva, quando houver previsão contratual de cobertura da doença e respectiva prescrição médica do meio para o restabelecimento da saúde, é dever da operadora de plano de saúde oferecer o tratamento indispensável ao usuário, considerando-se abusiva a negativa de cobertura ao argumento de que a terapia postulada não está prevista no rol da ANS.

Isso porque o médico ou o profissional habilitado - e não o plano de saúde - é quem estabelece, na busca da cura, a orientação terapêutica a ser dada ao usuário acometido de doença coberta.

De acordo com a Corte Superior, esse entendimento decorre da própria natureza do Plano Privado de Assistência à Saúde e tem amparo no princípio geral da boa-fé que rege as relações em âmbito privado, pois nenhuma das partes está autorizada a eximir-se de sua respectiva obrigação para frustrar a própria finalidade que deu origem ao vínculo contratual (REsp 1639018/SC).

In casu o apelado, é portador de degeneração macular relacionada à idade (DMRI), grave enfermidade que se constitui na maior causa de cegueira em pessoas com mais de 50 (cinquenta) anos, o que se agravou pelo fato de ser também acometido por Diabetes Melittus tipo 02.

Há nos autos prova da contratação do plano de saúde com a apelante, bem como a necessidade de

tratamento ocular quimioterápico com antiangiogênico, aplicação de lucentis, conforme atesta o médico responsável (f. 75).

Há, ainda, comprovação da negativa de cobertura pela apelante nos documentos juntados às f. 62-63, com a justificativa de que o procedimento solicitado não se enquadra nas Diretrizes de Utilização (DUT) previstas no rol de procedimentos e eventos de saúde no Anexo II da Resolução Normativa n.º 338/2013 da ANS.

Portanto, havendo indicação médica ao tratamento, é abusiva a negativa de cobertura a procedimento imprescindível ao controle e tratamento da doença que acomete o apelante. De fato, o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma, o que somente compete ao médico.

Nesse sentido, a jurisprudência do STJ:

> *"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CONDENATÓRIA – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO – INSURGÊNCIA DA PARTE REQUERIDA.*
>
> *1.* ***O STJ possui entendimento no sentido de que o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de tratamento utilizado para a cura de cada uma****, sendo abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento domiciliar quando essencial para garantir a saúde ou a vida do segurado. 1.1. A Corte de origem consignou que o contrato entabulado entre as partes não exclui o tratamento na modalidade home care, de forma que a revisão dessa conclusão encontra óbice nas Súmulas 5 e 7/STJ.*
>
> *2. A jurisprudência desta Corte Superior entende que a recusa indevida ou injustificada, pela operadora de plano de saúde, em autorizar a cobertura financeira de tratamento médico a que esteja legal ou contratualmente obrigada, pode ensejar reparação a título de dano moral, por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário. 2.1. A reforma do acórdão recorrido, no tocante à existência de danos morais e materiais demanda o reexame de fatos e provas, prática vedada pela Súmula 7/STJ.*
>
> *3. O valor da reparação por danos morais estabelecido pelas instâncias ordinárias pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. Incidência da Súmula 7/STJ.*
>
> *4. Agravo interno desprovido."* (AgInt no AgInt no AREsp 1427773/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 18/11/2019, DJe 21/11/2019). (G.n.)

Vale ressaltar, por fim, que a saúde, como bem de extraordinária relevância à vida e à dignidade humana, foi elevada pela Constituição Federal à condição de direito fundamental do homem, manifestando o legislador constituinte constante preocupação em garantir a todos uma existência digna, consoante os ditames da justiça social, o que ressai evidente da interpretação conjunta dos artigos 6.º e 196 a 200, da Constituição Federal.

Sendo assim, a recusa injustificada de cobertura por parte do plano de saúde agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do usuário, já abalado e com a saúde debilitada. Desse modo, a negativa abusiva do plano de saúde à cobertura do tratamento indicado representa afronta direta ao direito à saúde e à vida digna do apelado, sendo impositiva a condenação da apelante em indenizá-lo pela ofensa moral causada.

Na mesma linha intelectiva, trilha o STJ:

> *"PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – NEGATIVA DE COBERTURA – DANOS MORAIS – OCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA.*
>
> *1. É pacífica a jurisprudência da Segunda Seção no sentido de reconhecer a existência*

do dano moral nas hipóteses de recusa injustificada pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que estivesse legal ou contratualmente obrigada, por configurar comportamento abusivo. (AgInt no AREsp n. 1.379.491/PE, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 29/4/2019, DJe 2/5/2019).

2. Agravo interno a que se nega provimento." (AgInt nos EDcl no REsp 1830359/RS, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 23/03/2020, DJe 26/03/2020).

No que tange ao pedido de redução do valor arbitrado a título de danos morais, do mesmo modo, o recurso não comporta provimento.

À míngua de balizas legais que orientem o julgador na quantificação do dano, para se evitar arbitrariedades, a Corte Superior recomenda a utilização do método bifásico para respaldar o *quantum* indenizatório. Conforme a jurisprudência do STJ, *"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, trazendo um ponto de equilíbrio pelo qual se consegue alcançar razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, bem como estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso. 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). 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." (*AgInt no REsp 1608573 / RJ Agravo Interno no Recurso Especial 2016/0046129-2).

Nesse passo, à luz do critério bifásico, deve-se considerar que a jurisprudência desta Corte de Justiça tem, em casos análogos, transitado entre o valor de R$ 10.000,00 e R$ 20.000,00 na fixação dos danos morais, tendo em vista a grandiosidade do interesse jurídico lesado.

Além disso, deve-se ter em mente a natureza compensatória e pedagógica dos danos morais, de modo que o valor fixado garanta à parte credora uma compensação pela lesão experimentada, bem como implique, àquele que efetuou a conduta reprovável, impacto suficiente para dissuadi-lo na repetição de procedimento símile.

Assim, 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.

Logo, não é razoável o arbitramento que importe em uma indenização irrisória, de pouco significado para o ofendido, tampouco que ocasione o enriquecimento sem causa.

Na hipótese, conforme se dessume dos autos, o Juízo singular fixou a indenização por danos morais em R$ 20.000,00 (vinte mil reais), porque o apelado é pessoa de poucos recursos e já sofre com diabetes, fato que agrava seu quadro de saúde, de modo que a negativa ao tratamento oftalmológico lhe causou manifesto sofrimento desnecessário, inclusive, com risco de perder a visão.

Portanto, a toda evidência, dada a gravidade do quadro clínico do apelado e da sua situação socioeconômica, o comportamento abusivo da apelante ganha maior densidade, justificando o valor fixado em primeira instância, que observou as particularidades do caso concreto, analisadas sob os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade.

No mesmo sentido, o posicionamento desta Corte de Justiça, cristalizado no seguinte aresto:

"EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO EM AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – PLANO DE SAÚDE – NEGATIVA DE COBERTURA

*– DIAGNÓSTICO DE MASTITE GRANULOCÍTICA BILATERAL QUE CULMINOU EM DEFORMIDADE MAMÁRIA BILATERAL, COM RETRAÇÃO DE PELE E COMPLEXO AREOLO-MAMILAR – PRESCRIÇÃO MÉDICA DE CIRURGIA BILATERAL DE ADENOMASTECTOMIA COM COLOCAÇÃO DE IMPLANTE MAMÁRIO IMEDIATO – RECUSA DO PLANO DE SAÚDE – REEMBOLSO DEVIDO – RESOLUÇÃO ANS – ROL EXEMPLIFICATIVO – ABALO MORAL EVIDENCIADO – MONTANTE INDENIZATÓRIO – PLEITO DE REDUÇÃO – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE CARÁTER ABUSIVO NO VALOR FIXADO NA SENTENÇA – TERMO INICIAL JUROS DE MORA SOBRE O VALOR DA INDENIZAÇÃO FIXADA A TÍTULO DE DANO MORAL – DATA DA CITAÇÃO – MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA DEVIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I - Mesmo que ausente determinado procedimento médico no rol da ANS, esta circunstância não afasta o dever de cobertura por parte do plano de saúde, quando este mostra-se necessário ao tratamento de enfermidade objeto de cobertura pelo contrato. Inadmissível a recusa do plano de saúde em cobrir tratamento médico voltado à cura de doença coberta pelo contrato, sob o argumento de não constar da lista de procedimentos da ANS, pois este rol é exemplificativo, impondo-se uma interpretação mais favorável ao beneficiário II - Deve ser mantida a condenação da operadora de plano de saúde no dever de pagar indenização por danos morais, quando a injusta recusa de cobertura de plano de saúde aumenta o sofrimento da usuária, que inegavelmente se encontrava abalada emocionalmente diante da doença que a acometia, mormente quando o procedimento essencial para o restabelecimento de sua saúde, embora urgente, não foi assegurado pela requerida. III - **Se o valor da indenização por danos morais observou as peculiaridades da causa, em especial a anormal negligência da requerida frente ao grave quadro clínico da usuária, cuja inação detém alto potencial de dano à saúde daquela, impõe-se manter o quantum fixado na origem.** IV - 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 n. 0823598-15.2015.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 24/06/2019, p: 25/06/2019). (G.n.)

Assentados tais argumentos, conclui-se inevitavelmente pelo acerto integral da decisão recorrida.

No que tange ao prequestionamento, torna-se despicienda a abordagem pormenorizada dos dispositivos legais indicados, porquanto a matéria recursal foi completamente examinada.

Pelas razões expendidas, nego provimento ao recurso.

Outrossim, majoro os honorários recursais para 17% sobre o valor atualizado da condenação, conforme previsão do artigo 85, § 11 do CPC.

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. 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, 6 de abril de 2020. ***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago
Agravo de Instrumento nº 1403197-70.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INCLUSÃO DE LITISCONSORTE – MATÉRIA NÃO IMPUGNÁVEL POR AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART.6º, VIII, DO CDC – AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO

A insurgência referente à inclusão de litisconsorte não é impugnável por agravo de instrumento, uma vez que, além de não se tratar de hipótese contida no art.1015, do CPC, a manutenção, no processo, de uma parte alegadamente ilegítima não fulmina a sentença de mérito nele proferida, podendo o tribunal, por ocasião do julgamento do recurso de apelação, reconhecer a ilegitimidade da parte e, então, excluí-la do processo. Sendo assim, no caso, não se verifica a urgência pela inutilidade da impugnação futura, requisito necessário para a mitigação do rol do referido dispositivo legal. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que a inversão do ônus da prova prevista no art.6º, VIII, do CDC, não é automática, e demanda a verificação da verossimilhança das alegações do consumidor. Assim, se os elementos trazidos aos autos até o momento pelas partes, inclusive pela própria parte interessada, não conferem verossimilhança à alegação que se pretende provar, ainda que se trate de relação consumerista, descabe a inversão o ônus da prova.

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, conheceram em parte do recurso e negaram-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 18 de maio de 2020.

Des. Geraldo de Almeida Santiago

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Maria do Socorro Barros da Silva contra a decisão proferida pela MM. Juíza da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da *"ação de obrigação de fazer e não fazer c/c declaratória de inexistência de débito c/c consignação em pagamento c/c antecipação dos efeitos da Tutela nº 0818587-97.2018.8.12.0001"*, movida em face de Claro S/A.

Narra ter contratado da empresa agravada um plano mensal para telefone fixo (Plano Brasil Total 21) na data de 26/09/2017, com o fechamento da fatura ao dia 20 (vinte) de cada mês. Com o plano contratado, a agravante teria direito a ligações ilimitadas para todo o país pelo valor único de R$ 39,90 (trinta e nove reais e noventa centavos) mensais, com a condição de que a operadora utilizada pela contratante fosse a 21 (vinte e um).

Diz que a fatura referente ao mês de junho/2018 totalizou o valor de R$ 500,01 (quinhentos reais e um centavo), sendo que, em outras faturas, jamais foi cobrado o valor de R$ 39,90 (trinta e nove reais e noventa

centavos), conforme contratado.

Conta que buscou entrar em contato com a agravada, sendo informada que seu plano, na realidade, tinha o custo de R$ 42,90 (quarenta e dois reais e noventa centavos), o que também nunca foi devidamente cumprido.

Diante da frustração ao receber uma fatura no valor exorbitante de R$ 500,00 (quinhentos reais), buscou a via judicial, momento em que solicitou ao douto magistrado singular a inversão do ônus da prova - para que a obrigação de provar o alegado recaísse sobre a agravada.

Obtempera que o juízo *a quo*, mesmo ao reconhecer a relação de consumo entre as partes, não concedeu a inversão do ônus da prova e determinou o ingresso de litisconsórcio passivo necessário, trazendo ao polo passivo da ação originária a Telefônica Brasil S/A diante da alegação da requerida de uma parceria nas cobranças, chamada de *cobilling* ou cofaturamento, decisão contra qual ora se insurge.

Pelo exposto, pede pela suspensão da decisão agravada, bem como que seja reformada, de modo que se determine a inversão do ônus da prova em favor da agravante e o afastamento da Telefônica na demanda como litisconsorte passivo.

Contrarrazões pelo improvimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Maria do Socorro Barros da Silva contra a decisão proferida pela MM. Juíza da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da *"ação de obrigação de fazer e não fazer c/c declaratória de inexistência de débito c/c consignação em pagamento c/c antecipação dos efeitos da Tutela nº 0818587-97.2018.8.12.0001"*, movida em face de Claro S/A.

Como se observa do relatado, insurge-se a agravante, em síntese, contra a decisão interlocutória que lhe negou a inversão do ônus da prova e determinou o ingresso, na ação, de litisconsorte passivo necessário.

O recurso comporta parcial conhecimento.

Tem-se que após a entrada em vigor do Código de Processo Civil/2015, em 18 de março de 2016, houve modificação no que tange às hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, tornando taxativos os casos nos quais é possível a interposição contra as decisões interlocutórias exaradas na fase de conhecimento, nos termos do artigo 1.015, *in verbis:*

> *"Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:*
>
> *I - tutelas provisórias;*
>
> *II - mérito do processo;*
>
> *III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;*
>
> *IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;*
>
> *V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;*
>
> *VI - exibição ou posse de documento ou coisa;*

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário."

Portanto, a nova sistemática processual civil consagrou, como regra, o princípio da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, dispondo no supracitado dispositivo legal, em *numerus clausus*, as situações nas quais é cabível imediatamente o agravo, de modo que, nos demais casos, tem-se a recorribilidade diferida, exercitável em futura e eventual apelação.

Nada obstante, a taxatividade legal não é incompatível com a interpretação extensiva de cada um dos incisos previstos no art.105, do CPC, conforme lição de Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha (Curso de processo civil, meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. Juspodvum, 2019. p.254).

A propósito do tema, inspirada por raciocínio diferente da doutrina de Didier, em sede de julgamento de recursos repetitivos, no Resp 1.111.234/PR, a Corte Superior aprovou a seguinte tese: *"O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação."*

Consignou-se nas razões de decidir do mencionado julgado o seguinte:

"Como se percebe, o entendimento aqui exposto pretende, inicialmente, afastar a taxatividade decorrente da interpretação restritiva do rol previsto no art. 1.015 do CPC, porque é incapaz de tutelar adequadamente todas as questões em que pronunciamentos judiciais poderão causar sérios prejuízos e que, por isso, deverão ser imediatamente reexaminadas pelo 2º grau de jurisdição.

De igual modo, deve ser afastada a possibilidade de interpretação extensiva ou analógica das hipóteses listadas no art. 1.015 do CPC, pois, além de não haver parâmetro minimamente seguro e isonômico quanto aos limites que deverão ser observados na interpretação de cada conceito, texto ou palavra, o uso dessas técnicas hermenêuticas também não será suficiente para abarcar todas as situações em que a questão deverá ser reexaminada de imediato – o exemplo do indeferimento do segredo de justiça é a prova cabal desse fato.

Finalmente, também não deve ser acolhido o entendimento de que o rol do art. 1.015 do CPC é meramente exemplificativo, pois essa interpretação conduziria à repristinação do art. 522, caput, do CPC/73, contrariando frontalmente o desejo manifestado pelo legislador de restringir o cabimento do recurso, o que não se pode admitir.

Não há que se falar, destaque-se, em desrespeito a consciente escolha político-legislativa de restringir o cabimento do agravo de instrumento, mas, sim, de interpretar o dispositivo em conformidade com a vontade do legislador e que é subjacente à norma jurídica, qual seja, o recurso de agravo de instrumento é sempre cabível para as 'situações

que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação', nos termos do Parecer nº 956 de 2014, de relatoria do Senador Vital do Rego.

Em última análise, trata-se de reconhecer que o rol do art. 1.015 do CPC possui uma singular espécie de taxatividade mitigada por uma cláusula adicional de cabimento, sem a qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo.

Não há dúvida que o novo CPC modificou substancialmente o regime de preclusões do processo. Pelo novo regime, apenas precluem as decisões que possuam o conteúdo descrito nas hipóteses previstas no art. 1.015 do CPC e que não tenham sido impugnadas por agravo de instrumento, ficando todas as demais questões imunizadas pelo sistema até momento futuro – prolação da sentença – ocasião em que as questões, até então imunes, deverão ser impugnadas pela parte no recurso de apelação ou em suas contrarrazões, sob pena de, a partir desse momento, tornarem-se indiscutíveis.

Diante desse cenário, faz sentido a preocupação externada pela doutrina, no sentido de que o alargamento das hipóteses de cabimento do agravo pela via da interpretação extensiva ou analógica implicaria significativo rompimento com o modelo de preclusões inaugurado pelo CPC/15, com potenciais e nefastos prejuízos às partes, pois, se porventura fosse adotada essa interpretação, a conclusão seria de que o agravo de instrumento era interponível desde logo até mesmo para as hipóteses não literalmente previstas no rol do art. 1.015, de modo que o jurisdicionado que, confiando na taxatividade restritiva e literal do referido rol, não impugnou a decisão cujo conteúdo seria dedutível por extensão ou analogia teria sido atingido pela preclusão temporal.

Esse problema, todavia, sequer se verifica se for adotada a tese jurídica que se propõe: taxatividade mitigada pelo requisito da urgência.

De fato, admitindo-se a possibilidade de impugnar decisões de natureza interlocutória não previstas no rol do art. 1.015, em caráter excepcional, tendo como requisito objetivo a urgência decorrente da inutilidade futura do julgamento diferido da apelação, evidentemente não haverá que se falar em preclusão de qualquer espécie.*"* (G.n.)

Realmente, a conclusão do tema pelo STJ, ao tempo em que privilegia o amplo acesso à justiça (5º, XXXV da CF), define, sem subverter a sistemática de irrecorribilidade imediata das interlocutórias, adotada pelo novo Código, um requisito objetivo instransponível para que a hipótese, não prevista no art.1015 do CPC, seja agravável imediatamente, qual seja: a urgência pela inutilidade da impugnação futura.

Pois bem.

No particular, como dito, a impugnação da agravante cinge-se a duas questões: inversão do ônus da prova e inclusão de litisconsorte.

Vê-se, portanto, que as matérias recorridas não se encontram dentre as hipóteses elencadas no art.1015 do CPC.

Sobre a insurgência referente à inclusão de litisconsorte passivo, já decidiu o STJ que a manutenção, no processo, de uma parte alegadamente ilegítima não fulmina a sentença de mérito nele proferida, podendo o tribunal, por ocasião do julgamento do recurso de apelação, reconhecer a ilegitimidade da parte e, então, excluí-la do processo. Isso porque, ainda que possa haver transtornos à parte que será mantida indevidamente em um processo, *"esse prejuízo é infinitamente menor do que aquele causado pela exclusão, prematura e errônea, de quem necessariamente deveria dele participar."*

Sendo assim, no caso, não se verifica a urgência pela inutilidade da impugnação futura, requisito necessário para a mitigação do rol do referido dispositivo legal.

Veja-se, a propósito do tema, ementa esclarecedora:

"CIVIL – PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE COBRANÇA E REPARAÇÃO DE DANOS – ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – CONCEITO DE 'DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE VERSA SOBRE EXCLUSÃO DE LITISCONSORTE' PARA FINS DE RECORRIBILIDADE IMEDIATA COM BASE NO ART. 1.015, VII, DO CPC/15 –ABRANGÊNCIA – REGRA DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE SE LIMITA ÀS HIPÓTESES EM QUE A DECISÃO INTERLOCUTÓRIA ACOLHE O REQUERIMENTO DE EXCLUSÃO DO LITISCONSORTE, TENDO EM VISTA O RISCO DE INVALIDADE DA SENTENÇA PROFERIDA SEM A INTEGRAÇÃO DO POLO PASSIVO – REJEIÇÃO DO REQUERIMENTO QUE, POR SUA VEZ, DEVE SER IMPUGNADO APENAS EM APELAÇÃO OU CONTRARRAZÕES.

1- Ação proposta em 03/11/2014. Recurso especial interposto em 26/06/2017 e atribuído à Relatora em 23/04/2018.

2- O propósito recursal é definir se o conceito de 'decisões interlocutórias que versarem sobre exclusão de litisconsorte', previsto no art. 1.015, VII, do CPC/15, abrange somente a decisão que determina a exclusão do litisconsorte ou se abrange também a decisão que indefere o pedido de exclusão.

3- ***Considerando que, nos termos do art. 115, I e II, do CPC/15, a sentença de mérito proferida sem a presença de um litisconsorte necessário é, respectivamente, nula ou ineficaz, acarretando a sua invalidação e a necessidade de refazimento de atos processuais com a presença do litisconsorte excluído, admite-se a recorribilidade desde logo, por agravo de instrumento, da decisão interlocutória que excluir o litisconsorte, na forma do art. 1.015, VII, do CPC/15, permitindo-se o reexame imediato da questão pelo Tribunal.***

4- A decisão interlocutória que rejeita excluir o litisconsorte, mantendo no processo a parte alegadamente ilegítima, todavia, não é capaz de tornar nula ou ineficaz a sentença de mérito, podendo a questão ser reexaminada, sem grande prejuízo, por ocasião do julgamento do recurso de apelação.

5- Por mais que o conceito de 'versar sobre' previsto no art. 1.015, caput, do CPC/15 seja abrangente, não se pode incluir no cabimento do agravo de instrumento uma hipótese ontologicamente distinta daquela expressamente prevista pelo legislador, especialmente quando a distinção está teoricamente justificada pelas diferentes consequências jurídicas causadas pela decisão que exclui o litisconsorte e pela decisão que rejeita excluir o litisconsorte.

6- A questão relacionada ao dissenso jurisprudencial fica prejudicada diante da fundamentação que rejeita as razões de decidir adotadas pelos paradigmas.

7- Recurso especial conhecido e desprovido." (REsp 1724453/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/03/2019, DJe 22/03/2019). (G.n.)

Desse modo, deixo de conhecer do recurso no ponto, uma vez que não é impugnável por agravo de instrumento a decisão que determina a inclusão de litisconsorte.

Por outro lado, o argumento referente à necessidade de inversão do ônus da prova, muito embora não conste do rol do art.1015 do CPC, deve ser examinado, pois, como bem observado pela Ministra Nancy Andrighi, Relatora do Resp nº1.729.110, *"é cabível a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que versa sobre a inversão do ônus da prova nas ações que tratam de relação de consumo. Isso porque somente assim a parte terá oportunidade de se desvencilhar desse ônus, seja pela possibilidade de provar, seja ainda para demonstrar que não pode ou que não deve provar."*

Afirma a agravante que, tendo em vista a incidência ao caso das normas consumeristas, de rigor é a inversão a seu favor do ônus da prova.

Sem razão, entrementes.

É que a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não é automática, dependendo da constatação, pelo magistrado, da presença ou não da verossimilhança das alegações do consumidor.

No particular, a juíza *a quo* negou o pedido de inversão do ônus da prova, pois entendeu que não havia verossimilhança nas alegações da autora, ora agravante, quanto ao valor do plano contratado. Transcrevo trecho da decisão agravada:

> *"Indefiro à parte requerente a inversão do ônus da prova, para manter a distribuição na forma do item acima, na medida em que não se vislumbrou verossimilhança de que teria de fato contratado o plano pelo valor de R$39,90. Isso porque a própria parte requerente juntou à f. 16 e-mail contemporâneo à data da contratação referida na inicial de que de fato o plano contratado foi de R$ 42,90. Ademais disso, como bem disse a requerida, conforme se pode ver do endereço da web na margem superior da f. 15 (clarotv.claro.com.br/ClaroFone), a referida página de internet se refere ao serviço da 'ClaroTV' de tal sorte que o valor anunciado se refere ao pacote quando contratado o plano telefônico junto com o serviço de tv. Por outro lado, na mídia juntada pela requerida à f. 189, é possível notar que a própria requerente reconhece que o valor da contratação era naquele valor de 42,90 (1'52" a 1'57"), razão pela qual não faz sentido atribuir à requerida o ônus de comprovar que o plano foi contratado no valor de R$ 39,90, já que não comprovou um dos requisitos para aplicação da inversão do ônus da prova, que no caso é a verossimilhança das alegações (CDC, artigo 6.º,VIII)."*

Portanto, nota-se que o ponto sobre o qual se pretende a inversão do ônus probatório, qual seja, de que o plano foi contratado entre as partes no valor de R$ 39,90, foi infirmado até mesmo por informações colacionadas aos autos pela agravante.

Destarte, irretocável a fundamentação da magistrada. De fato, se os elementos trazidos aos autos até o momento pelas partes, inclusive pela própria parte interessada, não conferem verossimilhança à alegação que se pretende provar, ainda que se trate de relação consumerista, descabe a inversão o ônus da prova.

Nesse sentido, o posicionamento do STJ:

> *"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – MATÉRIA QUE DEMANDA REEXAME DE FATOS E PROVAS – SUMULA 7 DO STJ – AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.*
>
> ***1. Esta Corte possui firme o entendimento no sentido de que: A inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não é automática, dependendo da constatação, pelas instâncias ordinárias, da presença ou não da verossimilhança das alegações do consumidor.(AgInt no AREsp 1328873/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/11/2019, DJe 18/12/2019).***
>
> *2. As conclusões do acórdão recorrido no tocante à inexistência de ato ilícito apto a gerar o dever de indenizar; e inversão do ônus da prova; não podem ser revistas por esta Corte Superior, pois demandaria, necessariamente, reexame de fatos e provas dos autos, o que é vedado em razão do óbice da Súmula 7 do STJ.*
>
> *3. Agravo interno não provido."* (AgInt no AREsp 1581973/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 17/03/2020). (G.n.)

Feitas essas ponderações concluo pelo acerto da decisão agravada, mediante a qual, fundamentadamente, negou-se a inversão do ônus da prova em favor da agravante.

Frente ao exposto, conheço parcialmente do recurso, negando-lhe provimento na parte conhecida.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram em parte do recurso e negaram-lhe provimento, 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. Divoncir Schreiner Maran e Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Campo Grande, 18 de maio de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago
Apelação Cível nº 0801662-63.2018.8.12.0021 – Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – OPERADORA E ADMINISTRADORA DE PLANO DE SAÚDE-ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA – PLANO COLETIVO POR ADESÃO – INADIMPLEMENTO– NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO DO USUÁRIO PARA CANCELAMENTO DO PLANO–ANTECEDÊNCIA MÍNIMA DE 60 DIAS–RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA OPERADORA E DA ADMINISTRADORA DO PLANO – DANOS MORAIS E MATERIAIS INDENIZÁVEIS– *QUANTUM* PROPORCIONAL– RECURSO IMPROVIDO

À luz da teoria da aparência, há legitimidade passiva da Central Nacional Unimed - CNU, ainda que o contrato não tenha sido celebrado diretamente com ela, mas com cooperativa integrante do Sistema Unimed, evidenciado pelo uso do mesmo nome e pelo logotipo em comum, dificultando ao consumidor a compreensão acerca das responsabilidades e da área de abrangência de cada uma das unidades. Conforme previsto na Resolução Normativa 195 da ANS, os planos coletivos poderão ser rescindidos, mediante notificação prévia do segurado, com antecedência mínima de 60 dias. Se o usuário não foi notificado ou se o prazo previsto na normativa deixou de ser observado, afigura-se ilícito o cancelamento do plano. A responsabilidade das apelantes é solidária, pois ambas compõem a mesma cadeia de consumo (administradora e operadora do plano de saúde), nos termos do que estabelece o art. 7º, parágrafo único, e o § 1º, art. 25, do CDC. Assim, tendo mais de um autor a ofensa, todos respondem solidariamente pela reparação dos danos. Havendo falha na prestação dos serviços, eis que ilegal o cancelamento do plano de saúde, exsurge, como corolário lógico, a obrigação das apelantes, em razão de sua conduta ilícita, de restabelecer o plano contratado, nas mesmas condições e com aproveitamento das carências já cumpridas, e de indenizar o apelado pelos danos materiais e morais sofridos, nos termos do art.14 do CDC. Em relação aos danos morais, o montante arbitrado pelo magistrado, R$8.000,00 (oito mil reais), é razoável, revelando-se adequado e suficiente tanto para cumprir a função compensatória da indenização à vítima, como para atingir o escopo pedagógico direcionado aos ofensores. Ademais, o valor fixado em primeira instância não destoa do arbitrado por este E. Tribunal, em casos análogos. No que se refere aos danos materiais, não há espaço para redução do valor arbitrado pelo juiz de instância singela, uma vez que calcado nos gastos efetivamente comprovados pelo apelado em razão da conduta ilícita das apelantes. Desse modo, a redução do valor indenizatório dos danos materiais ensejaria enriquecimento sem causa das apelantes.

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, rejeitaram a preliminar e negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de maio de 2020.

Des. Geraldo de Almeida Santiago

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Central Nacional Unimed e Qualicorp Administradora de Benefícios de Saúde S.A, inconformados com a sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, na Ação de Obrigação de Fazer n.º 0801662-63.2018.8.12.0021, movida por Auro Fabrício da Silva.

A apelante Central Nacional Unimed argui, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva para figurar no polo passivo da ação, uma vez que o apelado possuía relação contratual com a Unimed do Estado de São Paulo.

No mérito, destaca que o cancelamento do plano de saúde e seus reflexos é de responsabilidade apenas da empresa contratante/administradora e não da operadora do plano de saúde, razão por que não há que se falar em solidariedade entre as duas empresas. Ainda, alega que, inexistindo conduta ilícita de sua parte, descabe a indenização por danos morais.

Pede pelo acolhimento da preliminar, com o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva e a extinção do feito sem julgamento de mérito. Subsidiariamente, clama pela reforma da sentença para que sejam julgados totalmente improcedentes os pedidos iniciais e, se assim não for, que seja reduzido o valor dos danos materiais, incidindo a correção a partir do ajuizamento da ação; bem como a redução do valor dos danos morais, com juros de mora a serem fixados a partir da sentença. Por fim, pugna pela redução do valor das astreintes e do percentual da condenação em honorários advocatícios.

Por seu turno, a apelante Qualicorp alega que enviou comunicado ao apelado sobre o cancelamento do plano, caso não fosse adimplida a prestação em atraso. Afirma que, por isso, o cancelamento foi legítimo. Argumenta, ademais, que o apelado contribuiu para o ocorrido, porquanto esteve inadimplente por 40 dias e, ainda que não houvesse recebido o boleto de cobrança em sua residência, deveria ter procurado outros meios para solicitar a segunda via. Aduz que, como o cancelamento do plano foi devido, não há que se falar em danos morais.

Requer o provimento do recurso, para o fim de que seja reformada a sentença, para julga improcedentes os pedidos veiculados pelo apelado na inicial. Subsidiariamente, pugna pela redução do *quantum* referente aos danos morais.

Contrarrazões pelo improvimento dos recursos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos por Central Nacional Unimed e Qualicorp Administradora de Benefícios de Saúde S.A, inconformados com a sentença proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas, na Ação de Obrigação de Fazer n.º 0801662-63.2018.8.12.0021, movida por Auro Fabrício da Silva.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, passo à análise individual dos apelos.

Do recurso interposto pela Qualicorp Administradora de Benefícios de Saúde S.A

O apelado ajuizou a presente ação alegando, em síntese, que possuía plano de saúde pactuado com as agravadas, qual seja, Adesão Unipan Adesão Bronze-Quali, com vigência indeterminada, em que constavam como beneficiários o recorrente, sua esposa e filhos. Argumentou que atrasou o pagamento de apenas uma parcela, quitada no mês seguinte com os respectivos juros e multas, mas, por esse motivo, teve o plano cancelado, de forma unilateral e sem qualquer notificação anterior. Pediu, por isso, a condenação solidária das

rés, ora apelantes, em indenizá-lo pelos danos materiais e danos morais sofridos em virtude do cancelamento ilegal do plano de saúde.

Devidamente processado o feito, o magistrado *a quo* julgou totalmente procedentes os pedidos do autor.

Insurge-se a apelante Qualicorp, administradora do plano de saúde, sob o fundamento de que enviou comunicado ao apelado sobre o cancelamento do plano, caso não fosse adimplida a prestação em atraso. Afirma que, por isso, o cancelamento foi legítimo. Argumenta, ademais, que o apelado contribuiu para o ocorrido, porquanto esteve inadimplente por 40 dias e, ainda que não houvesse recebido o boleto de cobrança em sua residência, deveria ter procurado outros meios para solicitar a segunda via. Aduz que, como o cancelamento do plano foi devido, não há que se falar em danos morais.

O recurso não comporta provimento.

Conforme previsto na Resolução Normativa 195 da ANS, os planos privados de assistência à saúde classificam-se em individual ou familiar; coletivo empresarial; ou coletivo por adesão.

No caso, observa-se do contrato acostado aos autos que o apelado é beneficiário da espécie de contrato coletivo por adesão.

A mesma resolução normativa acima citada preconiza que os planos coletivos poderão ser rescindidos, mediante notificação prévia do segurado com antecedência mínima de 60 dias, após a vigência de doze meses do acordo, conforme se infere do teor do correspondente artigo 17, *verbis*:

> *Art. 17 As condições de rescisão do contrato ou de suspensão de cobertura, nos planos privados de assistência à saúde coletivos por adesão ou empresarial, devem também constar do contrato celebrado entre as partes.*
>
> *Parágrafo único. Os contratos de planos privados de assistência à saúde coletivos por adesão ou empresarial somente poderão ser rescindidos imotivadamente após a vigência do período de doze meses e mediante prévia notificação da outra parte com antecedência mínima de sessenta dias.*

No mesmo sentido, o posicionamento da Corte Superior:

> *"AGRAVO INTERNO – PLANO DE SAÚDE COLETIVO EMPRESARIAL – 30 OU MAIS USUÁRIOS – RESILIÇÃO UNILATERAL – POSSIBILIDADE – ART. 13, § 2º, DA LEI N. 9.656/1998 – NÃO INCIDÊNCIA – APLICAÇÃO DOS ÍNDICES DE REAJUSTE ESTABELECIDOS PELA ANS PARA PLANOS INDIVIDUAIS E FAMILIARES, A PLANO DE SAÚDE COLETIVO, INDEPENDENTEMENTE DA QUANTIDADE DE USUÁRIOS – INVIABILIDADE – DIFERENÇAS NA PRECIFICAÇÃO – ENTENDIMENTO PACIFICADO NAS DUAS TURMAS DE DIREITO PRIVADO.*
>
> ***1. Com relação às duas espécies de contratação coletiva - empresarial ou por adesão -, a Resolução Normativa n. 195, de 14.7.2009, da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, com base na atribuição que lhe foi conferida pelo art. 4º, II e X, da Lei n. 9.961/2000, regulamentou as características dessas espécies de contratos privados de assistência à saúde vigentes no país. Consoante o art. 17 dessa Resolução, os contratos de planos privados de assistência à saúde coletivos por adesão ou empresariais somente poderão ser rescindidos imotivadamente (resilição) após a vigência do período de doze meses e mediante prévia notificação da outra parte com antecedência mínima de sessenta dias (REsp 1346495/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 11/06/2019, DJe 02/08/2019).***
>
> *2. Por ocasião do recente julgamento do REsp 1.776.047/SP, a Quarta Turma, na mesma linha do entendimento pacificado no âmbito da Terceira Turma, pacificou que a regulamentação dos planos coletivos empresariais (Lei n° 9.656/98, art. 16, VII) distingue*

aqueles com menos de trinta usuários, impondo sejam agrupados com a finalidade de diluição do risco de operação e apuração do cálculo do percentual de reajuste a ser aplicado em cada um deles (Resoluçoes 195/2009 e 309/2012 da ANS). (REsp 1776047/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 23/04/2019, DJe 25/04/2019).

3. Nesses tipos de contrato - com menos de 30 usuários -, em vista da vulnerabilidade da empresa estipulante, dotada de escasso poder de barganha, não se admite a simples resilição unilateral pela operadora de plano de saúde, havendo necessidade de motivação idônea. Contudo, os contratos coletivos de plano de saúde com menos de 30 (trinta) beneficiários não podem ser transmudados em plano familiar, que não possui a figura do estipulante e cuja contratação é individual. A precificação entre eles é diversa, não podendo ser desnaturarada a contratação. (REsp 1553013/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/03/2018, DJe 20/03/2018).

4. Agravo interno não provido." (AgInt no AREsp 1428427/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/11/2019, DJe 26/11/2019). (G.n.)

Demais disso, cumpre esclarecer ser aplicável o diploma consumerista na espécie, a teor do verbete de Súmula nº 469 do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ): Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

A partir da interpretação conjugada da resolução citada com as normas consumeristas, decorre que não se imputa às operadoras de planos de saúde a impossibilidade de rescindirem os contratos coletivos por adesão, contudo, em caso de inadimplemento, o consumidor deve ser notificado, com antecedência mínima de sessenta dias, em prestígio ao direito à informação (art. 6º, III, do CDC) e ao postulado da vulnerabilidade técnica e jurídica.

Inclusive, há previsão contratual específica (Cláusula 9 - f. 33-39) na hipótese de que, no caso de inadimplemento do usuário, o benefício pode ser cancelado, **mediante comunicado prévio.** (Destaquei).

No caso, muito embora a apelante tenha acostado aos autos cópia de comunicado ao apelado (f. 442-443), além de não constar data da postagem e do recebimento da correspondência, tem-se que a antecedência mínima entre a notificação e o cancelamento não foi observada.

Com efeito, o vencimento da prestação inadimplida ocorreu em 01/01/2018 e em 15/02/2018, quando a dependente do apelado necessitou de uma consulta, o plano já se encontrava cancelado. Portanto, entre o vencimento da única prestação em atraso e a notícia do cancelamento do plano não decorreram 60 dias, sendo lógico concluir que entre a data da comunicação enviada pela apelante e o cancelamento transcorreu prazo muito inferior ao exigido pela normativa incidente à espécie.

Isso não bastasse, como reconhecido pela própria apelante, a mensalidade em atraso foi adimplida em 19 de fevereiro de 2018, muito antes da data em que poderia ser considerado legítimo o cancelamento do plano.

Diante desse panorama, conclui-se que houve falha na prestação do serviço da apelante, eis que ilegal o cancelamento do plano de saúde. Exsurge daí, como corolário lógico, a obrigação da apelante, em razão de sua conduta ilícita, de restabelecer o plano contratado, nas mesmas condições e com aproveitamento das carências já cumpridas, de indenizar o apelado pelos danos materiais e morais sofridos, nos termos do art.14 do CDC.

Naturalmente, se o apelado suportou danos materiais decorrente da conduta ilícita do apelante, deve ser indenizado na medida dos gastos comprovados, sob pena de enriquecimento sem causa. Assim, como bem consignou o magistrado sentenciante:

"no que se refere ao pedido de indenização pelos danos materiais, concernentes ao ressarcimento pelos gastos em exames e despesas médicas utilizadas pelo requerente e os dependentes do plano, entre o período em que seu plano de saúde foi cancelado, ou seja, 31/01/18, conforme reconhece a Qualicorp em sua contestação, e a data em que o mesmo foi

> *restabelecido pela corré Unimed, qual seja, 19/03/2019, conforme manifestação de f. 327-330, tenho que o mesmo merece procedência em relação aos gastos tidos neste período, no valor de R$ 4.251,00 (quatro mil, duzentos e cinquenta e um reais), ante sua comprovação pelos documentos de f. 52 e f. 287-295, já retirados deste valor um dos gastos nos valores de R$ 1.060,00, R$ 190,00 e R$ 1.050,00, eis que, conforme se vê das f. 292-295, estão em duplicidade."*

Ainda, a hipótese revela que o cancelamento inesperado do plano trouxe ao apelado danos que perpassam o mero dissabor, causando-lhe prejuízos que ofendem sua personalidade e bem-estar físico e psíquico, considerando que, tanto o apelado quanto sua dependente (esposa) são acometidos de doenças graves, conforme demonstram os documentos de f. 52-55, necessitando de exames e consultas periódicas. Portanto, a ofensa à dignidade da pessoa humana apta a causar dano moral, no caso, é inconteste.

Inclusive, já decidiu o STJ que a recusa indevida/injustificada, pela operadora de plano de saúde, de autorizar a cobertura financeira de tratamento médico a que esteja legal ou contratualmente obrigada enseja reparação a título de dano moral por agravar a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do beneficiário, estando caracterizado o dano *in re ipsa*. (AgRg no REsp 1505692/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/06/2016, DJe 02/08/2016).

No tocante à fixação do *quantum* dos danos morais, ressalta-se que o valor deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, o qual deve observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando em conta as condições financeiras das partes e as demais particularidades do caso, de modo a ser compatível com o dano suportado pelo ofendido.

Silvio Rodrigues, prelecionando acerca desta matéria, ensina que:

> *"(...) deve ser levada em conta também, para estabelecer o montante da indenização, a condição social e econômica dos envolvidos. O sentido indenizatório será mais amplamente alcançado à medida que economicamente fizer algum sentido tanto para o causador do dano como para a vítima."* (*in* Direito civil: responsabilidade civil. 4. ed. Atlas, 2004).

A quantia fixada a título de dano moral tem por objetivo proporcionar ao ofendido um lenitivo, confortando-o pelo constrangimento moral a que foi submetido e de outro lado serve como fator de punição para que o ofensor analise sua forma de atuação, evitando a reiteração de atos análogos.

No caso vertente, entendo que o montante arbitrado pelo magistrado, em R$8.000,00 (oito mil reais) é razoável, revelando-se adequado e suficiente tanto para cumprir a função compensatória da indenização à vítima, como para atingir o escopo pedagógico direcionado ao ofensor. Ademais, o valor fixado em primeira instância não destoa do arbitrado por este E. Tribunal, em casos análogos.

Feitas essas ponderações, concluo que deve ser negado provimento ao recurso da apelante Qualicorp.

Do recurso interposto pela Central Nacional Unimed

Em primeiro lugar, é necessário enfrentar a preliminar arguida pela apelante Unimed. Alega a apelante a sua ilegitimidade passiva para figurar no polo passivo da ação, uma vez que o apelado possuía relação contratual com a Unimed do Estado de São Paulo.

A preliminar deve ser rejeitada.

Isso porque, à luz da teoria da aparência, há legitimidade passiva da Central Nacional Unimed - CNU, ainda que o contrato não tenha sido celebrado diretamente com ela, mas com cooperativa integrante do Sistema Unimed, evidenciado pelo uso do mesmo nome e pelo logotipo em comum, dificultando ao consumidor a compreensão acerca das responsabilidades e da área de abrangência de cada uma das unidades.

Perfilhando o mesmo posicionamento, colho julgado do E.TJDFT:

> *"DIREITO DO CONSUMIDOR – PLANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – COBERTURA – ATENDIMENTO – CENTRAL NACIONAL UNIMED – LEGITIMIDADE PASSIVA. I - Tratando-se de relação de consumo, devem lhe ser aplicadas as regras e os preceitos contidos no Código de Defesa do Consumidor, como determina a Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça. II - A Central Nacional Unimed é parte legítima para responder a demanda em que se busca cobertura de atendimento, de forma solidária a unidade contratada, pois participa da cadeira de produção, é responsável por operar planos privados de assistência à saúde às suas filiadas e é aparentemente a pessoa que se apresenta à consumidora. III - Negou-se provimento ao recurso."* (TJ-DF 07109433620188070001 DF 0710943-36.2018.8.07.0001, Relator: José Divino, Data de Julgamento: 13/06/2019, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 25/06/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Ante tais fundamentos, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva aventada no recurso.

Do mesmo modo, no mérito, a insurgência não merece acolhida.

Conforme já ressaltado e fundamentado alhures, foi totalmente ilegal o cancelamento do plano de saúde.

Argumenta a apelante Unimed, entretanto, que a responsabilidade é somente da Qualicorp.

Sem razão, entrementes.

Com efeito, a responsabilidade das apelantes é solidária, pois ambas compõem a mesma cadeia de consumo (administradora e operadora do plano de saúde), nos termos do que estabelece o art. 7º, parágrafo único, e o § 1º, art.25, do CDC. Assim, tendo mais de um autor a ofensa, todos respondem solidariamente pela reparação dos danos. A solidariedade pressupõe que a parte demandante pode pleitear a integralidade da indenização de qualquer dos responsáveis ou de todos, cabendo a estes apenas o direito de regresso em face dos demais corresponsáveis.

Assentada a responsabilidade solidária da apelante Unimed, pelas mesmas razões já expendidas acima, quando da análise do recurso da Qualicorp, deve ser improvida a apelação da Unimed, no que tange ao afastamento da indenização por danos materiais e morais, assim também, quanto à redução do *quantum* indenizatório.

No que se refere aos danos materiais, acresço que não há espaço para redução do valor arbitrado pelo juiz de instância singela, uma vez que calcado nos gastos efetivamente comprovados pelo apelado em razão da conduta ilícita das apelantes. Desse modo, a redução do valor indenizatório dos danos materiais ensejaria enriquecimento sem causa da apelante.

Outrossim, correto o termo *a quo* fixado pelo magistrado da correção monetária sobre os danos materiais, nos termos da Súmula 43 do STJ, de sorte que não há que se falar em correção a partir do ajuizamento da ação, como requereu a apelante. Da mesma maneira, correto o termo *a quo* dos juros sobre a indenização por danos morais, a partir da citação, nos termos do art.405 do CC, descabendo o pleito recursal de contagem dos juros a partir da sentença.

Ainda, não vislumbro arbitrariedade no valor das astreintes fixadas pelo sentenciante (R$500,00 por dia de descumprimento), ao revés, trata-se de quantia razoável e consentânea com a aplicada pela jurisprudência em casos análogos, apta a desestimular a inércia injustificada dos apelantes em cumprir a determinação judicial, sem que se possa falar em enriquecimento indevido.

Por fim, não há que se falar em redução dos honorários advocatícios, uma vez que arbitrados dentro da margem prevista pelo art.85, § 2º do CPC. Ademais, o magistrado, acertadamente, levou em conta os parâmetros indicados nos incisos do referido dispositivo legal, sendo de rigor considerar que, no caso, a natureza da causa, a pluralidade de réus, de defesas, e as matérias arguidas por eles, tanto em preliminar, como no mérito, acabaram por demandar do causídico maior tempo de serviço, o que justifica a fixação dos honorários em 20% do valor da condenação.

Portanto, não há dúvida que a sentença hostilizada deve ser mantida na íntegra.

Pelas razões expendidas, nego provimento aos recursos de apelação interpostos por Central Nacional Unimed e Qualicorp Administradora de Benefícios de Saúde S.A.

Deixo de fixar honorários recursais, eis que referida verba foi arbitrada na origem em seu patamar máximo.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e negaram provimento aos recursos, 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. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 26 de maio de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator designado Des. João Maria Lós
Agravo de Instrumento nº 1413238-67.2018.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO COMINATÓRIA DE ABSTENÇÃO DO USO DA MARCA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS (*ROYALTIES)* E MORAIS c/c ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – REGISTRO DE MARCAS E PATENTES –APLICABILIDADE DA SEGURANÇA JURÍDICA DAQUELE QUE FEZ O REGISTRO JUNTO AO INPI – ASSEGURADO DIREITO DE EXCLUSIVIDADE – IRRELEVÂNCIA DO TAMANHO DA EMPRESA – AGRAVO PROVIDO POR MAIORIA

O registro de marca/patente existe para trazer segurança jurídica para o proprietário daquela marca. Tal ato garante que haja um único nome comercial utilizado nas transações comerciais, sendo irrelevante no caso o tamanho da empresa.

Aquele que produz uma marca, deve fazer o registro junto ao INPI, tendo por conseguinte direito à exclusividade, como está assegurado na Constituição, no artigo 5º, inciso 29 e no artigo 129 da Lei 9.279/96.

Precedente da Corte Superior de Justiça neste sentido, REsp n. 1.315621/SP, e. Min. Nancy Andrighi.

Agravo provido por maioria.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator.

Campo Grande, 11 de fevereiro de 2020.

Des. João Maria Lós - Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago.

Zenaide Gonçalves Linares, Carlos Antônio Gonçalves Linares, Márcio Gonçalves Linares e Cleuber Gonçalves Linares, inconformados com a decisão proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande nos autos da ação cominatória de abstenção do uso da marca c/c indenização por Danos Materiais e Morais n.º 0833262-65.2018.8.12.0001, movida em face de Peixe Vivo Aquacultura Produção e Comércio de Pescados LTDA., agravam a este Tribunal.

Aduzem, em síntese, que são sócios de empresa líder no comércio de pescados, qual seja, Linares Comércio de Pescados - LTDA., reconhecidas pela excelência dos produtos comercializados.

Explicam que, com a finalidade de se manter fiel ao público consumidor e diferenciar seus serviços e produtos das demais empresas, são titulares de determinados registros, entre eles a marca denominada Piscicultura Peixe Vivo, estando tal denominação vinculada à sua atividade comercial há mais de 30 (trinta)

anos, tendo sido formalmente depositada há mais de 20 (vinte) anos junto ao INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

Sustentam que foi constatada a utilização não autorizada da marca de sua propriedade na divulgação de atividade comercial da empresa agravada, a qual é a mesma desempenhada pela empresa dos agravantes.

Argumentam que todo aquele que viola o direito adquirido pelo proprietário de marca comete crime contra a propriedade industrial, expressamente tipificado pela Lei nº 9.278/1996.

Requer a antecipação da tutela recursal e, ao final, pedem o provimento do recurso, para reformar a decisão recorrida, a fim de determinar que a empresa agravada se abstenha de usar a marca Piscicultura Peixe Vivo em todo e qualquer tipo de propaganda, sob pena de multa diária a ser fixada pelo Juízo.

O pedido de antecipação da tutela recursal foi negado.

Não foram apresentadas contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (Relator)

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Zenaide Gonçalves Linares, Carlos Antônio Gonçalves Linares, Márcio Gonçalves Linares e Cleuber Gonçalves Linares, contra a decisão que negou a tutela de urgência aos agravantes, proferida pelo MM. Juiz da 2ª Vara Cível Residual da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação cominatória de abstenção do uso da marca c/c indenização por Danos Materiais e Morais n.º 0833262-65.2018.8.12.0001, movida em face de Peixe Vivo Aquacultura Produção e Comércio de Pescados LTDA.

Como se observa do relatado, cinge-se a controvérsia recursal a definir se estão presentes, no caso, os requisitos autorizadores da tutela de urgência, para que a agravada se abstenha de usar a marca Piscicultura Peixe Vivo.

Passa-se à análise da matéria.

A concessão da tutela de urgência de natureza antecipada, como ressai da leitura do art.300 do CPC, requer a presença de dois requisitos cumulativos, quais sejam: (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 não estão presentes na hipótese. Explica-se.

A Constituição Federal de 1988 classificou, entre os direitos e as garantias fundamentais, a proteção à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país (artigo 5º, inciso XXIX, CR/88).

O fim social da previsão constitucional é o de proteger a imagem empresarial, evitando a concorrência desleal, além de assegurar a defesa do consumidor, que constitui um dos princípios da ordem econômica, descritos no art.170 da Carta Republicana.

Outrossim, segundo a previsão do art. 129 da Lei 9.279/96, *"a propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148."*

Por outro lado, a fim de prestigiar a livre concorrência, um dos pilares da ordem econômica (art.170 da CF), a jurisprudência entende pela mitigação do direito à exclusividade do uso de marcas fracas ou evocativas,

diante da possibilidade de convivência dos sinais registrados pelas partes, ainda que atuem no mesmo ramo mercadológico, sem risco de causar confusão ao público consumidor.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO INTERNO – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – DIREITO MARCÁRIO – AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE USO DE MARCA E DE INDENIZAÇÃO – EXPRESSÕES DE USO COMUM E ESTREITA RELAÇÃO COM O PRODUTO – BEBE DODÓI – DODÓI DA MAMÃE – MARCA EVOCATIVA – AUSÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE.*
>
> *1. Marcas fracas ou evocativas, que constituem expressão de uso comum, de pouca originalidade e sem suficiente forma distintiva, atraem a mitigação da regra de exclusividade do registro e podem conviver com outras semelhantes. Precedentes.*
>
> *2. Agravo interno a que se nega provimento."* (AgInt no AREsp 410.559/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 27/08/2019, DJe 03/09/2019)
>
> *"COMERCIAL – PROPRIEDADE INDUSTRIAL – MARCA EVOCATIVA – REGISTRO NO INPI – EXCLUSIVIDADE – MITIGAÇÃO – POSSIBILIDADE. 1. Marcas fracas ou evocativas, que constituem expressão de uso comum, de pouca originalidade, atraem a mitigação da regra de exclusividade decorrente do registro, admitindo-se a sua utilização por terceiros de boa-fé. 2. O monopólio de um nome ou sinal genérico em benefício de um comerciante implicaria uma exclusividade inadmissível, a favorecer a detenção e o exercício do comércio de forma única, com prejuízo não apenas à concorrência empresarial - impedindo os demais industriais do ramo de divulgarem a fabricação de produtos semelhantes através de expressões de conhecimento comum, obrigando-os à busca de nomes alternativos estranhos ao domínio público - mas sobretudo ao mercado em geral, que teria dificuldades para identificar produtos similares aos do detentor da marca. 3. A linha que divide as marcas genéricas - não sujeitas a registro - das evocativas é extremamente tênue, por vezes imperceptível, fruto da própria evolução ou desenvolvimento do produto ou serviço no mercado. Há expressões que, não obstante estejam diretamente associadas a um produto ou serviço, de início não estabelecem com este uma relação de identidade tão próxima ao ponto de serem empregadas pelo mercado consumidor como sinônimas. Com o transcorrer do tempo, porém, à medida em que se difunde no mercado, o produto ou serviço pode vir a estabelecer forte relação com a expressão, que passa a ser de uso comum, ocasionando sensível redução do seu caráter distintivo. Nesses casos, expressões que, a rigor, não deveriam ser admitidas como marca por força do óbice contido no art. 124, VI, da LPI, acabam sendo registradas pelo INPI, ficando sujeitas a terem sua exclusividade mitigada. 4. Recurso especial a que se nega provimento."* (REsp 1315621/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04/06/2013, DJe 13/06/2013)

Pois bem.

No caso, os agravantes detêm o registro da marca nominativa Psicultura Peixe Vivo, junto ao INPI (f. 38-39 dos autos de origem), desde o ano de 1998.

Alegam que, por isso, têm direito exclusivo ao uso da marca em todo território nacional.

Ocorre que a marca em questão se utiliza de vocábulos de uso comum, classificando-se como fraca ou evocativa, isto é, de reduzido grau de distintividade, por estar associada ao produto ou serviço que pretende assinalar, já que contém as expressões "peixe"e "vivo", naturalmente vinculadas ao exercício da piscicultura.

Deste modo, em juízo de cognição sumária, conclui-se que não pode prevalecer a alegação de anterioridade de registro, com o intuito de assegurar o uso exclusivo da expressão de menor vigor inventivo, obstando a agravante de se utilizar da marca, sob pena de implicar na intimidação da concorrência.

Além disso, registre-se que a identidade entre as marcas é meramente escrita, já que os símbolos são divergentes, sendo incapazes de causar qualquer confusão ao consumidor (f. 117- autos de origem)

Diante deste panorama, não se vislumbra a probabilidade do direito dos agravantes, requisito indispensável à concessão da tutela de urgência. Sendo assim, tratando-se de requisitos cumulativos, torna-se desnecessária a análise do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Pelas razões expendidas, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. João Maria Lós. (1º Vogal)

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto por Zenaide Gonçalves Linares, Carlos Antônio Gonçalves Linares, Márcio Gonçalves Linares, Cleuber Gonçalves Linares em face da decisão proferida em ação cominatória de abstenção do uso da marca c/c Indenização por danos materiais (*Royalties)* e morais com pedido de antecipação de tutela que promove em face de Peixe Vivo Aquacultura Produção e Comércio de Pescados LTDA - Me, em que o magistrado indeferiu a tutela pretendida acerca da abstenção do uso da marca dos agravantes pela parte agravada.

Pedi vista dos autos para uma melhor análise.

Divirjo do eminente relator porque o registro de marca/patente existe exatamente para trazer segurança jurídica para o proprietário daquela marca. Aquele que produz uma marca, deve fazer o registro junto ao INPI, tendo por conseguinte direito à exclusividade, como está assegurado na Constituição, no artigo 5º, inciso 29 e no artigo 129 da Lei 9.279/96.

Tal ato garante que haja um único nome comercial utilizado nas transações comerciais, sendo irrelevante no caso o tamanho da empresa.

Não se pretende permitir que se use um nome comercial mundialmente conhecido, pois a empresa conhecida poderia reclamar juridicamente, com razão, desta atitude.

E assim, podemos exemplificar o caso dos autos, em que a empresa tem o registro da marca dela, feita junto ao INPI, há muitos anos, desde 1997, e agora surge essa empresa com o mesmo nome, e ao analisar o caso o magistraado de piso deixa de conceder a tutela. Resta indubitável que o direito da agravante deixou de ser socorrido.

Nesta toada, trago à baila trecho do voto da Ministra Nancy Andrighi, no REsp n. 1.315621/SP, *in verbis:*

> *"É importante ressaltar que autorização de uso de marca por terceiros, apesar do registro, só poderia ocorrer caso constatada a existência e circunstância peculiares, as quais significa empecilho aos demais industriais do ramo de divulgar a fabricação de produto semelhante através de expressões de conhecimento comum, obrigando-os à busca de nomes alternativos estranhos ao domínio público."*

Desta forma, a mitigação raramente pode ser admitida. Quando não houver alternativa. Agora "Peixe Vivo" é um nome que eles escolheram, o proprietário dessa segunda marca aí, a empresa requerida, pode modificar para qualquer outro nome que não utilize essa expressão "Peixe Vivo".

Então, pedindo vênia ao eminente relator, estou dando provimento ao recurso, deferindo a tutela nos termos do pedido para determinar que a empresa agravada se abstenha do uso da marca Piscicultura Peixe Vivo, e, consequentemente, intimando-a dessa decisão liminar.

Por tais razões,

É como voto.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (2º Vogal).

Acompanho o voto do 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 11 de fevereiro de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. João Maria Lós
Apelação Cível nº 0000780-46.2010.8.12.0044 – Sete Quedas

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – COMPRAS DE PRODUTOS DE EMPRESAS DE FORMA IRREGULAR – ARTIGO 37, § 4º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ATO ÍMPROBO CARACTERIZADO – SENTENÇA REFORMADA EM PARTE PARA REDUÇÃO DO VALOR FIXADO A TÍTULO DE MULTA – VALOR A SER RESSARCIDO DEVE CONSIDERAR A SOLIDARIEDADE ENTRE AS PARTES – INDISPONIBILIDADE DE BENS – MEDIDA QUE VISA O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO – RECURSOS DOS RÉUS PROVIDOS EM PARTE PARA REDUZIR O VALOR DA CONDENAÇÃO, O MONTATNE REFERENTE À MULTA E DETERMINAR A PERDA DO CARGO COMISSIONADO OCUPADO À ÉPOCA, MANTENDO-SE O CARGO EFETIVO ANTES PREENCHIDO.

É vedado o uso do dinheiro público pelas autoridades ou servidores públicos, sem a contrapartida correspondente, a ser demonstrada por meio de documentos materiais.

Quanto à insurgência referente ao valor da sanção, tenho que melhor sorte assiste aos recorrentes, uma vez que ao arbitra-la deixou de se considerar as peculiaridades do caso concreto, como, por exemplo, a solidariedade entre as partes.

Demonstrado que um dos réus ocupava cargo efetivo antes da ocorrência dos fatos, deve ser garantido que, ainda que tenha perdido o cargo comissionado, seja mantido em sua antiga função de Fiscal do Município.

Recurso dos réus provido em parte, tão somente para reduzir o valor fixado a título de multa, bem como do ressarcimento, que deverá ser pago uma única vez, de forma solidária entre as partes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: por unanimidade, deram parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 13 de maio de 2020.

Des. João Maria Lós

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Cuida-se de apelação cível interposta por Sérgio Roberto Mendes e Alberi Hemerich em face da sentença de f. 685-708 que, nos autos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa que lhe o Ministério Público Estadual, julgou procedentes os pedidos iniciais, condenando o réu Sérgio Roberto Mendes ao ressarcimento do valor de R$ 42.656,64 e à suspensão dos direitos políticos por 6 anos e multa civil no mesmo valor; o réu Alberi Hemerich ao ressarcimento do valor de R$ 42.656,64 e à suspensão dos direitos

políticos por 6 anos, mais multa civil no mesmo valor e perda de cargo na administração pública; e o réu Roni Von Bellei ao ressarcimento do valor de R$ 42.656,64 e à suspensão dos direitos políticos por 6 anos, mais multa civil no mesmo valor e perda de cargo na administração pública

Alberi Hemerich apela às f. 713-726 alegando, em suma, que a caracterização dos atos de improbidade previstos no artigo 11 exigem a demonstração do dolo do agente, sendo que a compra dos materiais de saúde foi realizada sem a sua ciência de que decorreria de ato ilegal, pois era fiscalizado diretamente pelo chefe do executivo.

Ato contínuo, afirma que já foi exonerado do cargo comissionado que ocupava junto à Prefeitura de Sete Quedas, contudo, exerce a função de fiscal do Município há vários anos e não tem outra fonte de renda.

Outrossim, afirma que a indisponibilidade de seu único imóvel não pode persistir, visto que se trata do bem de família, onde reside com a mulher, que é invalidade, e dele depende para subsistência.

Ao final, pugna pelo provimento do apelo para que seja afastada a sua condenação pelo ato de improbidade administrativa.

Sérgio Roberto Mendes também interpõe recurso de apelação (f. 734-750) alegando a ausência de prova dos fatos, uma vez que todas as provas foram obtidas por meio do inquérito policial em torno da questão, e na circunstância, a promotora de justiça responsável pelo caso constrangia os comerciantes para obter informações utilizando de abuso de poder.

Afirma que os produtos relacionados, foram entregues ao Poder Público, afastando a tese de fraude ao erário ou desvio de recursos.

Alega que o fato de as empresas não terem sede, ainda, de que os cheques tenham sido descontados em contas diversas, não comprovam, por si só, a ocorrência de lesão ao patrimônio público. Tais fatos não permitem provar que os produtos não foram entregues.

Verbera que as testemunhas provaram que as entregas ocorreram, o que afasta quaisquer alegações do Ministério Público no que se refere aos danos ao erário.

Pleiteia, assim, que sejam julgados improcedentes os pedidos formulados a seu desfavor.

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões aos recursos dos requeridos às f. 753-780, defendendo a manutenção da sentença.

Intimada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às f. 797-814 opinando pelo desprovimento dos recursos interpostos pelos réus.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuidam-se de recursos de apelação interpostos em face da decisão que, nos autos da ação civil pública por ato de improbidade administrativa**,** julgou procedentes os pedidos formulados em face dos requeridos.

A ação civil pública por ato de improbidade administrativa encontra fundamento no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, que preconiza que *"os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível."*

A fim de atribuir contorno definido e proteção ao princípio da moralidade administrativa, foi instituída a Lei 8.429/92, da qual se extrai que os atos de improbidade administrativa dividem-se entre aqueles que importam em enriquecimento ilícito em razão do recebimento de vantagem patrimonial indevida (art. 9º), os que causam prejuízo ao erário por ação ou omissão (art. 10) e aqueles que atentam contra os princípios da administração pública, violando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (art. 11), devendo-se diferenciar os casos de simples irregularidades praticadas pelo administrador daqueles consideradas ímprobos.

Restou incontroverso nos autos que houve a compra de materiais pelo município, sem que houvesse a correspondência das notas ao comércio fornecedor dos produtos alimentícios adquiridos pelo ente Público. Não é suficiente a um dos apelantes afirmar que o outro tinha o conhecimento dos fatos de forma exclusiva, e ao outro dizer que o fato de os cheques terem sido descontados em contas diversas não justifica o não reconhecimento de autenticidade das notas ou compras realizadas.

O artigo 37, XXI da Constituição Federal dispõe que *"ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (...)."*

Acerca do tema, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves lecionam:

> *"O dever de agir em prol do interesse público, sem o objetivo direto de beneficiar ou prejudicar terceiros, denota a imparcialidade do agente, qualidade que foi expressamente contemplada pelo art. 11, caput, da Lei n.º 8.429/1992. A imparcialidade, assim, pode ser concebida como uma das feições do princípio da impessoalidade. No que concerne ao administrador, o princípio da impessoalidade exige que os atos administrativos por ele praticados sejam atribuídos ao ente administrativo, e não à pessoa do administrador, o qual é mero instrumento utilizado para o implemento das finalidades próprias do Estado."* (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010. p. 470)

Nota-se que, ainda que determinados produtos possam vir a ser adquiridos com a dispensa de licitação, o que não se descarta, os princípios inerentes ao exercício da atividade no setor público exigem que os negócios obedeçam a critérios que não podem ser dispensados.

Quando há a qualquer gasto do dinheiro público, impõe-se a necessidade de prestar contas, ou de manter os registros corretos daquilo que foi utilizado, sob pena de ferir o princípio da legalidade, moralidade e eficiência, configurados no *caput* do art. 37, da CF, malferindo diretamente a função inerente daquele que exerce o cargo público.

Eis que o incido II, do § 3º do art. 37, dispõe acerca de *"acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII"*, de modo que quaisquer registros não podem ficar apagados, impedindo a possibilidade de aferição posterior.

O quadro fático examinado leva à conclusão de que a ausência de provas contundentes dos valores, empresa, recebimentos dos pagamentos e demais circunstâncias em que se deram as aquisições, restando caracterizada a ofensa aos princípios da impessoalidade e moralidade insertos no art. 37 da Constituição da República, incidindo os apelantes em ato de improbidade administrativa, por ato lesivo ao erário, com base no artigo 10, incisos I e XI da Lei nº 8.429/92.

Vale consignar também que para a configuração de eventual ato de improbidade que afronte os princípios da administração pública, não há necessidade de que o dolo seja específico, ou seja, que o agente tenha a intenção específica de ferir tais princípios, bastando a demonstração de dolo genérico nesse sentido.

A propósito, cabe destacar recente precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> *"ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PROMOÇÃO PESSOAL – PROPAGANDA SUPOSTAMENTE INSTITUCIONAL – VINCULAÇÃO À IMAGEM DO PREFEITO – LESÃO AO ERÁRIO CARACTERIZADA – SÚMULA 7/STJ – DOLO GENÉRICO EVIDENCIADO – SÚMULA 83/STJ. 1. Na hipótese vertente, o Tribunal de origem afirmou expressamente que, não obstante a veiculação de propaganda institucional, na qual se buscava aparentemente informar e orientar a população municipal, o que se verifica é que houve exagerada menção à figura do Prefeito, com a clara intenção de vincular a sua pessoa a obras e serviços prestados no Município. Assim, considerando erário municipal foi utilizado com a finalidade de patrocinar a confecção de publicidade cujo escopo era, em verdade, realizar indevida promoção pessoal do réu, não há como se afastar a existência de lesão aos cofres públicos. 2. Nesse contexto, a alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 3. No tocante à controvérsia em torno do elemento anímico e motivador da conduta do agente para a prática de ato de improbidade, este Tribunal tem reiteradamente se manifestado no sentido de que 'o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico'. (REsp 951.389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 4/5/2011). 4. 'Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida' (Súmula 83/STJ). 5 Agravo interno improvido."* (AgInt no AREsp 1209815/MT, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 08/06/2018)

Portanto, restou evidente a configuração de conduta lesiva ao erário, ensejando a obrigação de restituir o valor de R$ 42.656,64.

Entretanto, em relação ao valor fixado como de necessidade de restituição ao erário, entendo que não foram observadas as peculiaridades do caso concreto, como, por exemplo ao fato de tratar-se de condenação ao pagamento do montante pelos três condenados, de forma que entendo que deva haver uma alteração no resultado final das condenações.

A propósito:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CÍVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – AGENTE POLÍTICO – CONDUTA TIPIFICADA NO ARTIGO 11 DA LEI 8.429/92 – DESNECESSIDADE DE DANO AO ERÁRIO – CONDENAÇÃO – SANÇÃO PREVISTA NO ART – 12, III, DE REFERIDA NORMA LEGAL– RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei n. 5.429/92 não exige a demonstração de dano ao erário, bastando a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Caracterizado o ato ímprobo, o inciso III do art. 12 da Lei n. 8.429/92 autoriza seja o agente político condenado às sanções previstas. A aplicação das sanções da Lei nº 8429/92 deve ocorrer à luz do princípio da proporcionalidade, de modo a evitar sanções desarrazoadas em relação ao ato ilícito praticado, sem, contudo, privilegiar a impunidade."* (AC 0002078-15.2010.8.12.0031. TJMS. Câmara Cível I – Mutirão. Relator Exmo. Sr. Des. João Maria Lós. J. 27/11/2014)

Evidencia-se que a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública e do direito de contratar com o Poder Público ou receber benefícios/incentivos por outro lado, não parece exagerada, considerando que o ato ímprobo é grave, estando entre aqueles em que se caracteriza o dano ao patrimônio público.

A sentença comporta modificação, portanto, tão somente no tocante ao valor da sanção imposta aos réus, a qual entendo que deve ser revista, uma vez que cada um dos réus foi condenado ao pagamento do valor, o que representa três vezes o ressarcimento. Pena que destoa do intuito legal e do objetivo da penalidade que cabe ao caso.

O mesmo se diz da multa no mesmo valor. Tal não se justifica, e nem soa razoável, uma vez que faz com que o valor final ultrapasse a realidade da situação posta a julgamento.

Sendo assim, entendo que deve ser resguardados os pedidos formulados na petição inicial pelo Ministério Público Estadual, com fulcro no art. 37, XXI da Constituição Federal, arts. 13 e 25 da Lei n. 8.666/93 e artigo 12, III, da Lei nº: 8.429/92.

Contudo, deve ser reformulada a distribuição de valores entre as partes e a multa, que se mostra alta e em desconformidade, como dito acima, do que seria a pretensão do legislador.

Assim, no que se refere à multa, tenho que o réu, Sérgio Roberto Mendes, Prefeito Municipal à época dos fatos, deve pagá-la no importe de 01 (uma) vez o valor da última remuneração percebida no exercício do mandato ou cargo comissionado que o incumbia de zelar pelo patrimônio público.

No tocante ao réu Alberi Hemerich, impõe consignar que a condenação por prática de ato de improbidade deve estar amparada por prova cabal do ilícito qualificado, revestida pela certeza dos fatos alegados, sob pena de, com base em simples presunções, constranger o agente público com graves penas.

A despeito das alegações do apelante no sentido de que a responsabilidade seria exclusiva do Prefeito Municipal, restou evidente que não provou sua isenção ou ignorância em relação aos fatos. Inclusive, por ele próprio foi alegado que destruiu as requisições que viriam a apresentar o controle de gastos, o que é incompatível com a transparência que se exige no serviço público.

Portanto, embora não se possa afastar do réu Alberi a responsabilidade solidária para com o pagamento da pena pecuniária, bem como, de multa - desde que calculada de forma razoável - entendo que a condenação à perda do cargo público deve restringir-se apenas ao cargo comissionado de Diretor do Departamento de Material e Patrimônio, pois neste não atuou com o necessário desvelo e transparência.

Por outro lado, não parece adequado que perca o seu cargo efetivo, ocupado há mais de 15 (quinze) anos na municipalidade, fiscal de obras e posturas, de modo que entendo por bem afastar a condenação da perda do cargo efetivo, mantendo a perda do cargo comissionado.

Em relação à multa, deve pagá-la no importe de 01 (uma) vez o valor da última remuneração percebida no exercício do cargo comissionado, através do qual, incumbia-lhe zelar pelo patrimônio público.

Assim, considerando a participação de todos os réus na prática do ato de improbidade administrativa narrado através desta demanda, escorreita a sentença ao determinar a perda dos cargos ocupados à época dos fatos, no caso de Alberi, apenas o cargo Comissionado, bem como ao pagamento de multa, alterando-se a esta para valor equivalente à última remuneração na respectiva função.

Por último, importante lembrar que a condenação à restituição de valores no importe de R$ 42.656,64 aos cofres públicos, foi direcionada aos três réus na demanda, e nos limites do prejuízo tratado nos autos. Desta forma, impende que a condenação ao ressarcimento seja feita de forma solidária pelos requeridos, considerando exclusivamente o valor aqui mencionado.

Explico, afasta-se a obrigação de que cada um pague o montante tratado como ressarcimento aos cofres públicos, ficando determinado que o valor em menção seja pago uma única vez (R$ 42.656,64), mas de forma solidária pelos requeridos, sob pena de que não exista sequer a possibilidade de pagamento do valor arbitrado na sentença.

No aspecto que diz respeito à indisponibilidade de bens, tratando-se de ação civil pública, após analisado o fato e mantida a condenação em desfavor dos apontados como responsáveis por danos ao erário, afigura-se necessária a manutenção da medida da indisponibilidade de bens.

É que a obrigação de ressarcir ao erário exige que se façam uso dos meios necessários ao seu cumprimento.

Eventual discussão acerca da oponibilidade de qualquer outra medida deve ser arguida em autos próprios para tal fim, impedindo-se ao magistrado, que tem obrigação de fazer cumprir a Lei, afastar a indisponibilidade de bens em favor de uma ou de outra parte, quando a obrigação resta reconhecida.

Ante o exposto, dou provimento parcial aos recursos interpostos por Sérgio Roberto Mendes, Prefeito Municipal à época dos fatos, e ao réu Alberi Hemerich para: a) em observância as peculiaridades do caso concreto, reduzir o valor da condenação fixada à título de multa para o equivalente ao valor de 01 (UMA) remuneração percebida por cada agente; b) afastar a perda do cargo efetivo de Fiscal de Obras e Posturas, de Alberi Hemerich, ocupado há mais de 15 (quinze) anos na Municipalidade, mantendo, contudo a perda do cargo comissionado e c) Determinar que o ressarcimento ao erário, seja feito no valor total de R$ 42.656,64, e de forma solidária entre os réus, reduzindo-se assim a soma total fixada na sentença.

Sem majoração dos honorários advocatícios, posto que incabíveis na espécie (art. 128, II, "a", CF).

É como voto.

Des. João Maria Lós

Relator

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 13 de maio de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. João Maria Lós
Apelação Cível nº 0808495-33.2013.8.12.0002 – Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – PARCIAL PROCEDÊNCIA COM RESGUARDO AO DIREITO DE RETENÇÃO DA PARTE RÉ – COMPROVAÇÃO DA BOA-FÉ NAS EDIFICAÇÕES – AUSÊNCIA DE DEBATE ORIGINÁRIO SOBRE A POSSIBILIDADE DE ACESSÃO INVERSA – INVIABILIDADE SOMENTE EM 2º. GRAU DE JURISDIÇÃO – APELO AUTORAL DESPROVIDO – APELO DO ESTADO – INVOCAÇÃO DA RESOLUÇÃO N. 232 DO CNJ – TENTATIVA DE REDUÇÃO DO COMPLEXO TRABALHO PERICIAL OFERTADO PELO *EXPERT* DO JUÍZO – INADMISSIBILIDADE – OBSERVÂNCIA DAS ESPECIFICIDADES DO CASO CONCRETO – RECURSO IMPROVIDO.

Em ações reivindicatórias, deve ser preservado o direito de retenção das acessões executadas pelo réu, caso demonstrada sua boa-fé na execução da obra. Inaplica-se a acessão inversa (CC, art. 1250, § único), se as particularidades fáticas do litígio indicam a impossibilidade de aferição de seus pressupostos, quanto mais se a apuração do valor das acessões carecer de liquidação prévia do julgado. Deve ser afastada a aplicação da Resolução 232 do CNJ nas hipóteses em que a valoração judicial do trabalho prestado pelo *expert* recomendar o arbitramento de valores compatíveis com as especificidades do processo.

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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de junho de 2020.

Des. João Maria Lós

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Juventino Rossani e Adília Barbosa Rodrigues interpõem apelo (f. 631-641), inconformados com a sentença (f. 616-623) que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação reivindicatória aforada contra Irani Novais Vieira, determinando a desocupação do imóvel discutido no litígio, após o pagamento prévio de indenização pelas construções realizadas pela demandada, apuráveis em liquidação, arbitrando, outrossim, honorários periciais no importe de R$ 5000.00 (cinco mil reais) e fixando a sucumbência de 70% sobre os honorários arbitrados em 15% do valor atualizado da causa, a cargo da requerida.

Sustentam, em síntese, inexistir fundamentos para condicionar a recuperação do imóvel reivindicado ao ressarcimento das construções edificadas pela ré, considerada a má-fé da mesma quando da execução das obras.

Supletivamente, pugnam seja a ré obrigada a adquirir coativamente a área, nos termos do parágrafo único do artigo 1255 do CC.

O Estado de Mato Grosso do Sul também recorre, advogando a necessidade de redução dos honorários periciais cominados na sentença, conforme disposto na Resolução n. 232/2016 do CNJ.

Recursos tempestivos, respondidos e regularmente processados.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Juventino Rossani e Adília Barbosa Rodrigues interpõem apelo (f. 631-641), inconformados com a sentença (f. 616-623) que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação reivindicatória aforada contra Irani Novais Vieira, determinando a desocupação do imóvel discutido no litígio, após o pagamento prévio de indenização pelas construções realizadas pela demandada, apuráveis em liquidação, arbitrando, outrossim, honorários periciais no importe de R$ 5000.00 (cinco mil reais) e fixando a sucumbência de 70% sobre os honorários arbitrados em 15% do valor atualizado da causa, a cargo da requerida.

Sustentam, em síntese, inexistir fundamentos para condicionar a recuperação do imóvel reivindicado ao ressarcimento das construções edificadas pela ré, considerada a má-fé da mesma quando da execução das obras.

Supletivamente, pugnam seja a ré obrigada a adquirir coativamente a área, nos termos do parágrafo único do artigo 1255 do CC.

O Estado de Mato Grosso do Sul também recorre, advogando a necessidade de redução dos honorários periciais cominados na sentença, conforme disposto na Resolução n. 232/2016 do CNJ.

Resumindo, trata-se de ação reivindicatória instaurada por Juventino Rossani e Adilia Barbosa Rodrigues contra Irani Novais Vieira, julgada procedente, ante ao reconhecimento de que a demandada, apesar de deter um título de transferência de direitos, teria construído em área diversa daquela titularizada pelos postulantes, ressalvando o direito de retenção das acessões realizadas.

Para melhor análise, recupero trechos da decisão:

> *"Com quanto tem a título de transferência de direitos folhas 88 essa seção corresponde ao outro bem insumo é não possui documento de transferência de posse do imóvel que ocupa ora objeto de reivindicação desse modo a reivindicação pelos autores é a medida que se impõe (...).*
>
> *Apesar de não corresponder ao lote dos autores não há elementos que evidenciem a má-fé da ré. A edificação do bem também está comprovada as imagens de folhas 95-99 e 576 provam que no local existe uma residência e nos autos não há nenhuma prova de que por terceiros tenha sido construída logo se edificou o bem, o possuidor de boa-fé tem o direito de reter até ser ressarcido pelas obras que realizou (...)."*

Inconformados, os requerentes voltam a carga, tentando desconstituir o direito de retenção e, supletivamente, obter um decreto judicial de acessão invertida prevista no artigo 1255, § único do Código Civil, visando obrigar a demandada a indenizá-los em dinheiro o valor correspondente à área recuperada.

Sem razão a súplica.

Inicialmente convém ressaltar que os demandantes insistem na confusão entre posse injusta para fins reivindicatórios e boa-fé na constituição das acessões.

No plano dominial a justiça da posse se resolve na aferição do melhor título. Para isto nada importa perquirir sobre o aspecto anímico da parte contra a qual se ajuizou a ação reivindicatória. Nesse norte, a posse da requerida era realmente antijurídica, porquanto não previa o domínio da área em questão.

Nada obstante o reconhecimento da injustiça da posse, a boa-fé nas edificações restou amplamente comprovada. Isto porque a demandada envidou acessões na crença de que a coisa lhe pertencia, situação em momento algum elidida à luz das particularidades fáticas do litígio coligidas pelo magistrado de primeiro grau, detentor de contato imediato com as partes e as vicissitudes da lide posta em juízo.

Sendo assim, é de rigor a manutenção do direito de retenção, seguindo-se assim, a orientação jurisprudencial pacífica sobre o tema:

> *"APELAÇÃO – AÇÃO REIVINDICATÓRIA – PROCEDÊNCIA – DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE IMISSÃO, COM A RESSALVA DO DIREITO DE INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS FEITAS PELA RÉ – INSURGÊNCIA RECURSAL DA RÉ – PARCIAL ACOLHIMENTO – FUNDAMENTAÇÃO PRESENTE, NOS TERMOS DO ARTIGO 1228 DO VIGENTE CÓDIGO CIVIL, DE MODO DE REJEITADA ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA – BOA-FÉ DA RÉ CARACTERIZADA, O QUE NÃO SE CONFUNDE COM JUSTO TÍTULO, AUSENTE, A AUTORIZAR A PROCEDÊNCIA DO PEDIDO REIVINDICATÓRIO – AQUISIÇÃO POR MEIO DE CONTRATO PARTICULAR DE CESSÃO DE DIREITOS POSSESSÓRIOS – CONSTRUÇÃO DE MURO, CÔMODO E ATERRAMENTO – RECOLHIMENTO DOS IMPOSTOS – POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE RETENÇÃO PELO VALOR DAS BENFEITORIAS NECESSÁRIAS E ÚTEIS – REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA PARA SER ASSEGURADO O DIREITO DE RETENÇÃO – RECURSO PROVIDO EM PARTE."* (TJSP; Apelação Cível 1016458-12.2017.8.26.0477; Relator (a): Silvério da Silva; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de Praia Grande - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/02/2020; Data de Registro: 20/02/2020)

Quanto à imposição da acessão invertida, também carecem de direito os apelantes.

Segundo o artigo 1255, parágrafo único do Código Civil, *"se a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, aquele que, de boa-fé, plantou ou edificou, adquirirá a propriedade do solo, mediante pagamento da indenização fixada judicialmente, se não houver acordo."*

O instituto pertine à possibilidade de ordem coativa de compra de área, tanto pelo proprietário, quanto pelo possuidor de boa-fé, a partir da constatação de que as acessões superem o valor da propriedade.

Nada obstante seu cabimento em tese, na hipótese concreta reputo inviável sua aplicação neste feito, eis que tal discussão não foi objeto de contraditório e devido processo legal na origem. Deste modo, desponta incompossível aferir a real disparidade entre o solo e a construção, mesmo porque, tal questão está sujeita à liquidação de sentença.

Deste modo, ponderadas as especificidades concretas do processo, considero inaplicável o parágrafo único do preceito 1255.

Ultrapassado o recurso dos autores, passo a aferir o apelo interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, advogando a necessidade de redução dos honorários periciais cominados na sentença, conforme disposto na Resolução n. 232/2016 do CNJ.

Razão não assiste ao ente público.

A resolução mencionada prevê remunerações de pouco mais de meio salário mínimo para perícias complexas tais como a ora em voga, comumente orçadas no importe fundamentadamente fixado pelo magistrado *a quo*.

Outrossim, ao revés do alegado pelo Estado, nem mesmo O CNJ dá contornos impositivos à tal Resolução, preservando a margem discricionária do juiz da causa, em relação à remuneração digna e adequada pelos trabalhos periciais executados nos processos.

A propósito, confira-se:

> *"(...) é certo que os valores fixados junto à Resolução nº 232/2016 tencionam a uniformização do tema frente aos diversos tribunais, pois planejados para definição de parâmetros mínimos de aceitação e conveniência. O CNJ, contudo, não se afastou das diretrizes e dos limites impostos pela legislação de regência, pois além de reconhecer a possibilidade de o valor dos honorários periciais ultrapassar o limite fixado em até 5 (cinco) vezes, quando a especificidade do caso exigir e desde que de forma fundamentada (§ 4º), a resolução claramente assegurou a aplicação dos valores ali planejados para os casos de 'omissão' do tribunal (art. 2º, § 2º, da Resolução CNJ 232). Garantiu, ainda, a possibilidade de reajuste anual destes valores (...)."*(CNJ. Autos: Pedido de providências 0008609-06.2017.2.00.0000. Requerente: Instituto Nacional do Seguro Social e outros Requerido: Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. DJ 25.11.2019)

Deste modo a fixação justa de honorários periciais no importe de R$ 5000.00 (cinco mil reais) deve prevalecer, sendo de rigor o desprovimento do apelo do Estado.

Em face do exposto, conheço do apelo dos autores, mas nego-lhe provimento, invertendo assim a sucumbência fixada na origem, de modo a imputar ao polo ativo a responsabilidade pelo pagamento de 70% das custas e honorários advocatícios, elevados ao porte de 20% sobre o valor atualizado da causa. Outrossim, conheço do apelo interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul e também nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 2 de junho de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso
Agravo de Instrumento nº 2001137-12.2019.8.12.0000 – Camapuã

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – HONORÁRIOS PERICIAIS – RESPONSABILIDADE DO ESTADO A QUE ESTIVER VINCULADO O MINISTÉRIO PÚBLICO, AUTOR DA AÇÃO – VALOR DA PERÍCIA – RESOLUÇÃO 232/2016 DO CNJ – AUSÊNCIA DE CARÁTER VINCULANTE – DESARRAZOABILIDADE – MONTANTE REDUZIDO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento recurso especial repetitivo, assentou o entendimento de que, em sede de ação civil pública promovida pelo Ministério Público, o adiantamento dos honorários periciais ficará a cargo da Fazenda Pública a que está vinculado o *Parquet*, pois não é cabível obrigar o perito a exercer seu ofício gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas (REsp 1253844/SC). Aplicação analógica da orientação da Súmula 232/STJ.

Apesar de a aplicação da Resolução n. 232 do CNJ, não tem caráter vinculante, sendo utilizada apenas como parâmetro, não autoriza a concordância com o valor estipulado pelo expert quando desarrazoado.

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 deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 29 de abril de 2020.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

O Sr. Des. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

O Estado de Mato Grosso do Sul interpôs recurso de agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara de Camapuã/MS que, nos autos da ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face de Alonso Custódio Lemos e do Município de Camapuã, determinou que o Estado, habilitado como terceiro interessado, pague os honorários periciais no caso de improcedência da ação.

Em síntese: sustenta que o ônus do pagamento da perícia, no caso da ação ser julgada improcedente, é do próprio autor (Ministério Público Estadual) e não da Fazenda Pública. Pondera que *"a Fazenda Pública e o Ministério Público são entidades processualmente distintas, gozando o Parquet de autonomia não só processual, como também funcional, mas acima de tudo financeira"*. Cita decisão proferida na ACO 1.560.

Alternativamente, com base no princípio da eventualidade, manifesta discordância em relação à proposta de honorários periciais, solicitando que o valor em questão seja fixado conforme tabela do tribunal ou do CNJ.

Postula pela atribuição de efeito suspensivo.

Prequestiona os dispositivos legais citados e pede, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso, para reformar a decisão agravada, nos termos expostos.

O recurso foi recebido no efeito suspensivo.

Contraminuta às f. 78-86 e 94-96.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

O Estado de Mato Grosso do Sul interpôs recurso de agravo de instrumento contra a decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara de Camapuã/MS que, nos autos da ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face de Alonso Custódio Lemos e do Município de Camapuã, determinou que o Estado, habilitado como terceiro interessado, pague os honorários periciais no caso de improcedência da ação.

Em síntese: sustenta que o ônus do pagamento da perícia, no caso da ação ser julgada improcedente, é do próprio autor (Ministério Público Estadual) e não da Fazenda Pública. Pondera que *"a Fazenda Pública e o Ministério Público são entidades processualmente distintas, gozando o Parquet de autonomia não só processual, como também funcional, mas acima de tudo financeira"*. Cita decisão proferida na ACO 1.560.

O presente recurso é tempestivo e satisfaz todos os requisitos formais de admissibilidade, dessa forma, passo ao exame do agravo de instrumento interposto.

O cerne da questão de mérito posta em debate limita-se em determinar de quem é a responsabilidade do pagamento dos honorários periciais de prova pericial requerida pelo *Parquet*.

Conforme se depreende dos autos, o Ministério Público Estadual ajuizou Ação Civil Pública nº 0800250-79.2014.8.12.0040 em face do requerido Alonso Custódio Lemos e do Município de Camapuã, porque o primeiro não estaria tomando medidas necessárias à conservação do solo de suas propriedades, as quais possuem grandes processos erosivos, e o segundo teria permitido a realização de um loteamento irregular.

Após intimação para especificarem provas, o juízo singular deferiu a realização de perícia requerida pelo autor/agravado, nomeado o IPC para a realização, e tendo determinado a intimação da Procuradoria do Estado da decisão e de que, caso, a ação civil pública fosse julgada improcedente, caberia ao Estado de Mato Grosso do Sul o custeio de tal perícia, o que o motivou a interpor o agravo que ora se examina.

Sem razão o Estado agravante.

Encontra-se sedimentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça o entendimento *"de ser aplicável, por analogia, o enunciado da Súmula n. 232/STJ a fim de determinar que a Fazenda Pública à qual o Ministério Público se ache vinculado arque com o adiantamento dos honorários das perícias pleiteadas*

pelo Parquet nas ações civis públicas." (STJ. AgInt no REsp 1420102/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 21/03/2017, DJe 30/03/2017).

Inclusive, a presente matéria já foi decidida em procedimento previsto para recursos repetitivos, REsp 1253844/SC, *in verbis*:

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS – NÃO CABIMENTO – INCIDÊNCIA PLENA DO ART. 18 DA LEI N. 7.347/85 – ENCARGO TRANSFERIDO À FAZENDA PÚBLICA – APLICAÇÃO DA SÚMULA 232/STJ, POR ANALOGIA. 1. Trata-se de recurso especial em que se discute a necessidade de adiantamento, pelo Ministério Público, de honorários devidos a perito em Ação Civil Pública. 2. O art. 18 da Lei n. 7.347/85, ao contrário do que afirma o art. 19 do CPC, explica que na ação civil pública não haverá qualquer adiantamento de despesas, tratando como regra geral o que o CPC cuida como exceção. Constitui regramento próprio, que impede que o autor da ação civil pública arque com os ônus periciais e sucumbenciais, ficando afastada, portanto, as regras específicas do Código de Processo Civil.* ***3. Não é possível se exigir do Ministério Público o adiantamento de honorários periciais em ações civis públicas. Ocorre que a referida isenção conferida ao Ministério Público em relação ao adiantamento dos honorários periciais não pode obrigar que o perito exerça seu ofício gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas. Dessa forma, considera-se aplicável, por analogia, a Súmula n. 232 desta Corte Superior ('A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito'), a determinar que a Fazenda Pública ao qual se acha vinculado o Parquet arque com tais despesas****."* (Precedentes: EREsp 981949/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 24/02/2010, DJe 15/08/2011; REsp 1188803/RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 11/05/2010, DJe 21/05/2010; AgRg no REsp 1083170/MA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 13/04/2010, DJe 29/04/2010; REsp 928397/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 11/09/2007, DJ 25/09/2007 p. 225; REsp 846.529/MS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 19/04/2007, DJ 07/05/2007, p. 288.). (G.n.)

Esta posicionamento continua sendo adotado pela Corte Superior, mesmo após o Novo Código de Processo Civil, conforme os julgado recente:

> *"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS, EM CUMPRIMENTO DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MANDADO DE SEGURANÇA UTILIZADO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL – NÃO CABIMENTO – TERATOLOGIA E ILEGALIDADE DA DECISÃO IMPUGNADA NÃO VERIFICADAS – RESPONSABILIDADE DO ESTADO A QUE ESTIVER VINCULADO O MINISTÉRIO PÚBLICO, AUTOR DA AÇÃO – INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 232/STJ – INAPLICABILIDADE DO ART. 91 DO CPC/2015 – PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE – PRECEDENTES DO STJ – AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.*
>
> *I. Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra decisum publicado na vigência do CPC/2015.*
>
> *II. No acórdão objeto do Recurso Ordinário, o Tribunal de origem denegou a ordem, em Mandado de Segurança impetrado pelo Estado de São Paulo, contra decisão proferida nos autos de cumprimento de sentença proferida em ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, que determinara que o impetrante efetuasse o adiantamento da verba honorária do perito.*

III. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o mandado de segurança não serve como sucedâneo recursal, daí porque não é cabível sua impetração em casos em que há recurso próprio, previsto na legislação processual, apto a resguardar a pretensão do impetrante, mesmo que sem efeito suspensivo, salvo a hipótese de decisão teratológica ou flagrantemente ilegal. (STJ, AgInt no MS 23.159/DF, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Corte Especial, DJe de 05/12/2017).

IV. O art. 1.015, parágrafo único, do CPC/2015 determina que 'caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário'. Assim, incabível a presente impetração, pois, contra a decisão impugnada era cabível Agravo de Instrumento.

V. Além disso, também não há teratologia na decisão proferida em primeira instância, pois prolatada em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, a Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.253.844/SC (Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 17/10/2013), submetido ao rito do art. 543-C do CPC/73 (art. 1.036 do CPC/2015), firmou entendimento no sentido de que, em sede de ação civil pública, promovida pelo Ministério Público, o adiantamento dos honorários periciais ficará a cargo da Fazenda Pública a que está vinculado o Parquet, pois não é razoável obrigar o perito a exercer seu ofício gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas, aplicando-se, por analogia, a orientação da Súmula 232/STJ, in verbis: 'A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito'. No mesmo sentido: STJ, AgInt no REsp 1.702.151/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 27/06/2018; AgInt no REsp 1.426. 996/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 19/03/2018; AgInt no REsp 1.420.102/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 30/03/2017; REsp 1.582.602/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 02/09/2016; AgRg no AREsp 600.484/SC, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, DJe de 28/04/2015.

VI. Na forma da jurisprudência, não se sustenta a tese de aplicação das disposições contidas no art. 91 do Novo CPC, as quais alteraram a responsabilidade pelo adiantamento dos honorários periciais; isto porque a Lei 7.347/1985 dispõe de regime especial de custas e despesas processuais, e, por conta de sua especialidade, a referida norma se aplica à Ação Civil Pública, derrogadas, no caso concreto, as normas gerais do Código de Processo Civil. (STJ, RMS 55.476/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/12/2017). Em igual sentido: STJ, AgInt no RMS 56.454/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 20/06/2018. VII. Agravo interno improvido." (AgInt no RMS 60.205/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 16/05/2019, DJe 23/05/2019)

Deste modo também já se pronunciou esta Corte Estadual:

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS – RESPONSABILIDADE DO ESTADO A QUE ESTIVER VINCULADO O MINISTÉRIO PÚBLICO, AUTOR DA AÇÃO – VALOR DA VERBA FIXADA – DESARRAZOABILIDADE – MONTANTE REDUZIDO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. I) A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento recurso especial repetitivo, assentou o entendimento de que, em sede de ação civil pública promovida pelo Ministério Público, o adiantamento dos

honorários periciais ficará a cargo da Fazenda Pública a que está vinculado o Parquet, pois não é cabível obrigar o perito a exercer seu ofício gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas (REsp 1253844/SC). Aplicação analógica da orientação da Súmula 232/STJ. II) A abrangência da perícia restou precisamente delimitada pelo próprio expert, tendo por desiderato apurar os danos ambientais advindos do suposto descumprimento da área de preservação permanente em uma área de apenas 24 hectares, não se revelando tão custosa, de modo que a verba deve ser minorada para R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Acaso não aceite o profissional nomeado, compete oportunizar ao Estado de Mato Grosso do Sul a nomeação de servidor do quadro para realizar o serviço ou nomear novo profissional particular. III) Recurso conhecido e parcialmente provido, contra o parecer ministerial." (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1404696-60.2018.8.12.0000, Ponta Porã, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 20/11/2018, p: 21/11/2018)

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – HONORÁRIOS DE PERITO – PERÍCIA SOLICITADA PELA RÉ E PELO JUÍZO – RESPONSABILIDADE PELO ADIANTAMENTO DO VALOR DOS HONORÁRIOS PERICIAIS – ENCARGO QUE DEVE SER RATEADO PELA RÉ E PELA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL. 1. Discute-se no presente recurso a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais. 2. Incumbe às partes proverem as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título, sendo que incumbe ao autor adiantar as despesas relativas a ato cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público, quando sua intervenção ocorrer como fiscal da ordem Jurídica (artigo 82 do CPC/2015). 3. No caso, a perícia foi requerida pela ré e pelo juízo, portanto, tendo em vista que o Ministério Público não pode ser compelido a adiantar o valor dos honorários periciais, o encargo deve ser rateado pela ré e pela Fazenda Pública Estadual. 4. Agravo de Instrumento conhecido e parcialmente provido." (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1403599-25.2018.8.12.0000, Naviraí, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Paulo Alberto de Oliveira, j: 27/07/2018, p: 31/07/2018)

Desse modo, não há como afastar o ônus do Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento dos honorários periciais, caso a ação civil pública seja julgada improcedente.

De outro lado, busca o agravante a redução do valor dos honorários periciais, sob o argumento de que estariam em em desobediência ao que dispõe a Resolução n. 232/2016 do CNJ.

No presente caso, extrai-se do processo de origem que foi fixado em R$ 29.250,00 tendo o perito justificado tal valor como referente a 130 horas técnicas, necessária para a execução do serviço.

Depreende-se dos autos que a perícia será realizada nos 11 lotes do Bairro Chácara Recreio Brilhante, pertencentes ao requerido, a fim de constatar eventuais danos ambientais em área de reserva de preservação permanente, falta de medidas de conservação do solo e a regularidade jurídica ambiental.

Apesar de a aplicação da Resolução n. 232 do CNJ, não tem caráter vinculante, sendo utilizada apenas como parâmetro, não autoriza a concordância com o valor estipulado pelo *expert*, na medida em que entendo desarrazoado se analisada o tamanho da terra e sua análise somado à elaboração do laudo pericial.

Sopesadas tais circunstâncias, diante da complexidade do trabalho a ser feito pela perícia, entendo que o valor dos honorários deve ser estabelecido com razoabilidade.

Na situação em apreço, a abrangência da perícia tem por desiderato apurar os danos ambientais advindos do suposto descumprimento da área de preservação permanente em 11 lotes pertencentes ao requerido, não se revelando tão custosa a ponto de justificar a quantia de R$ 29.250,00, ademais porque elaborada de maneira aleatória e não apresentado justificativa minuciosa do trabalho a ser exercido.

Assim sendo, entendo realmente excessiva a verba, de modo que a minoro para R$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais), considerando o valor de R$ 2.000,00 por lote, que reputo condigna com o trabalho a ser desenvolvido sem se revelar exagerada.

Havendo o enfrentamento aberto de todas as matérias tratadas pelo agravante, como ocorre no caso presente, tornam-se dispensáveis maiores considerações acerca das teses levantadas, bem como manifestação numérica dos artigos de lei invocados.

Ante o exposto, conheço do agravo de instrumento interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, dou-lhe parcial provimento para minorar o valor dos honorários periciais para R$ 22.000,00 (vinte e dois mil reais).

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. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 29 de abril de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso
Apelação Cível nº 0803170-26.2013.8.12.0019 – Ponta Porã

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES – AFASTADA – AÇÃO REIVINDICATÓRIA PARA RESTITUIÇÃO DE BEM – BEM DE DOMÍNIO PÚBLICO – POSSE JURÍDICA DEMONSTRADA – OCUPAÇÃO IRREGULAR POR PARTICULAR – MERA DETENÇÃO – IMPOSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE INDENIZAÇÃO POR BENFEITORIA E ACESSÃO – APLICAÇÃO DAS SÚMULA Nº 619 DO STJ E Nº 340 DO STF – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 19 de maio de 2020.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Air Jonathan Bitencourt e outros interpuseram recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara Cível da Cidade de Ponta Porã que, nos autos da ação reivindicatória ajuizada pelo Município de Ponta Porã, julgou procedentes os pedidos iniciais para o fim reconhecer o domínio do requerente em relação ao imóvel determinado pela área de 4.841,20m², situada no loteamento denominado "Jardim América", constante na Matrícula nº 11.608 do CRI local e determinar que os requeridos Itamar Vergílio Bitencourt, Glauce Cristiane Gomes Bitencourt e Air Jonathan Bitencourt restituam ao Município de Ponta Porã o bem em questão.

Os apelantes alegam que mantiveram, de boa-fé, no imóvel posse mansa, pacífica e ininterrupta , com *animus domini*, sem qualquer oposição, desde 1998, narram que anteriormente o imóvel era de propriedade de Francisco Xavier Venialgo, pessoa esta que teria adquirido o imóvel de terceiro, sendo que o área em questão possuiria empossado desde 1980.

Aduzem que residem no imóvel discutido com suas respectivas famílias, argumentam que a posse do imóvel é anterior a aquisição da área pelo município, asseveram que o apelado foi desidioso e que seria possível o reconhecimento da prescrição aquisitiva pelos apelantes.

Por tais motivos defendem estarem presentes os requisitos para se reconhecer a usucapião extraordinária e por consequência reformar a sentença recorrida. Arguem que impossibilidade de usucapião de bem público vem sendo flexibilizada, e que o apelado não atribui função social à propriedade em discussão.

Por fim requer a reforma da sentença recorrida, para que seja reconhecida a propriedade por parte dos apelantes do imóvel relativo à Matrícula 11608, sendo permitido aos mesmos sua permanência no local, alternativamente pugnam para que os apelados sejam condenados a ressarcir os apelantes pelas benfeitorias feitas.

Contrarrazões à f. 212-218.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Air Jonathan Bitencourt e outros interpuseram recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 3ª Vara Cível da Cidade de Ponta Porã que, nos autos da ação reivindicatória ajuizada pelo Município de Ponta Porã, julgou procedentes os pedidos iniciais para o fim reconhecer o domínio do requerente em relação ao imóvel determinado pela área de 4.841,20m², situada no loteamento denominado "Jardim América", constante na Matrícula nº 11.608 do CRI local e determinar que os requeridos Itamar Vergílio Bitencourt, Glauce Cristiane Gomes Bitencourt e Air Jonathan Bitencourt restituam ao Município de Ponta Porã o bem em questão.

Os apelantes requerem a reforma da sentença recorrida, para que seja reconhecida a propriedade por parte dos apelantes do imóvel relativo à Matrícula 11608, sendo permitido aos mesmos sua permanência no local, alternativamente pugnam para que os apelados sejam condenados à ressarcir os apelantes pelas benfeitorias feitas.

Da admissibilidade recursal

Verifica-se ser o recurso de apelação tempestivo, eis que interposto dentro do prazo previsto no disposto nos arts. 1.003, § 5º c/c 219, parágrafo único, NCPC/2015, dispensado o recolhimento de preparo ante a concessão de justiça gratuita à f. 196.

O manejo do apelo para a hipótese encontra fundamento no disposto no artigo 1.009 do NCPC**.**

Passo à análise das razões recursais.

Da preliminar de dialeticidade arguida em contrarrazões

O Município de Ponta Porã arguiu em contrarrazões preliminar de ausência de dialeticidade recursal, sob o fundamento de que em suas razões não impugnou qualquer fundamento ou desacerto do *decisum* vergastado pelo juízo *a quo*.

Sem razão.

Ressalta-se, preambularmente, que o recurso de apelação deve atender ao princípio da dialeticidade, com o combate aos fundamentos da sentença e delimitação da matéria impugnada.

Preceitua o artigo 1.010 do Novo Código de Processo Civil que, dentre os elementos para o conhecimento da apelação, devem constar: a exposição do fato e do direito, as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade e, por fim, o pedido de nova decisão.

Da análise do apelo interposto, verifico que a recorrente demonstrou seu inconformismo acerca da decisão combatida, a qual julgou improcedente o pedido formulado na inicial.

A motivação da sentença foi impugnada, pois, em suas razões recursais, expôs os fundamentos de fato e de direito pelos quais pretende a reforma do *decisum*. Este Tribunal de Justiça já manifestou esse entendimento, vejamos:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO E DANOS MORAIS PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR OFENSA À DIALETICIDADE – REJEITADA – MÉRITO – EMPRÉSTIMO REALIZADO ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO CONSIGNADO EM FOLHA DE PAGAMENTO CONTRATAÇÃO DEMONSTRADA – DÉBITO MENSAL DO VALOR MÍNIMO DA FATURA*

AUTORIZADO PELO CONTRATANTE AUSÊNCIA DE VÍCIOS NA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DISPONIBILIZAÇÃO DO VALOR CONTRATADO ATO ILÍCITO INEXISTÊNCIA SENTENÇA MANTIDA RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 01. Não há falar em ofensa à dialeticidade de é possível extrais das razões recursais as razões de fato e de direito pelas quais entendem que deve ser reformada a sentença. (...) 03. Recurso conhecido e provido." (TJMS; Apelação Cível n. 0802585-40.2018.8.12.0005 - Aquidauana; 4ª Câmara Cível; Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva; j: 30/08/2019; p: 02/09/2019)

Dessa forma, entendo que não há ofensa ao princípio da dialeticidade. Não procede, assim, a insurgência alvitrada pelo recorrente.

Do mérito

Na hipótese dos autos, o conjunto probatório possibilita uma conclusão segura no sentido de que o Município de Ponta Porã preencheu os pressupostos necessários para a obtenção da proteção possessória, inexistente qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do ente municipal.

Com efeito, incontroverso que a área, objeto da ação, é pública, forte na matrícula de f. 14-15, que atribui a propriedade do imóvel ao Município de Ponta Porã, não existindo nos autos.

Desse modo, forçoso reconhecer a efetiva posse do apelado sobre o bem, a qual advém do domínio exercido pelo Poder Público (posse jurídica), sendo dispensadas maiores considerações a respeito da sua existência ou anterioridade, ou, ainda, da alegada permanência dos réus por lapso temporal superior ao mínimo legal para o reconhecimento da prescrição aquisitiva - usucapião.

Importante destacar que consoante os ensinamentos do Professor Hely Lopes Meirelles[1], *"A imprescritibilidade dos bens públicos decorre como consequência lógica de sua inalienabilidade originária. E é fácil demonstrar a assertiva: se os bens públicos são originariamente inalienáveis, segue-se que ninguém os pode adquirir enquanto guardarem essa condição*[1]*."*

Logo, não se sustenta a tese de retenção ou indenização das benfeitorias ou acessões pelo fundamento da ausência de oposição do titular do domínio, já que a ocupação indevida do bem público não se caracteriza como posse, mas mera detenção. Esta qualidade (detenção), por sua vez, não possibilita a indenização a quem ocupa bem público. Tanto é assim que o Código Civil, ao tratar da questão, assegura indenização a quem é possuidor e não ao detentor.

Sobre a questão, a Súmula n.° 619 do Superior Tribunal de Justiça assim estabelece:

> *"Súmula 619 - A ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias."*

De igual modo a Súmula n.º 340 do Supremo Tribunal Federal:

> *"Súmula n.º 340 - Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião."*

Ademais, por se tratar de bem público, qualquer ocupação do bem revela caráter precário, decorrendo de mera tolerância da Administração, que pode retomar o bem a qualquer tempo.

Somado a isso, evidente a posse precária consubstanciada pelos documentos e laudos de vistorias realizados no local juntados à f. 17-30, que constatam a ocupação indevida de local no qual a prefeitura pretende edificar um CEINF.

Dessa forma, em observância ao princípio da indisponibilidade do imóvel público, não é possível acolher qualquer tese ou teoria que vise justificar a ocupação irregular de área pública, a qual não poderá ser considerada posse, mas mera detenção, pois a lei impede os efeitos possessórios em favor do ocupante ilícito, nos termos do art. 1.198 do Código Civil.

1 **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros. p. 622.

À vista de tais considerações, comprovada a posse jurídica exercida pelo município, a manutenção da sentença de procedência da pretensão autoral é medida que se impõe.

Conclusão

Isto posto, conheço o recurso de apelação interposto, contudo, nego-lhe provimento. Nos termos do art. 85, § 11 do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios em 2% sobre o valor atualizado da causa; exigência esta suspensa em razão dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

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. 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 maio de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso
Apelação Cível nº 0900025-07.2017.8.12.0026 – Bataguassu

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LICITAÇÃO – EMPRESA VENCEDORA DO CERTAME – IDENTIDADE DE QUADRO SOCIETÁRIO, OBJETO SOCIAL E ENDEREÇO COM OUTRA EMPRESA DECLARADA INIDÔNEA – SANÇÃO QUE NÃO ATINGE AUTOMATICAMENTE OS SÓCIOS – NÃO OCORRÊNCIA DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – PESSOA JURÍDICA CONSTITUÍDA EM DATA ANTERIOR ÀQUELA PENALIZADA – ALTERAÇÃO POSTERIOR DE OBJETO SOCIAL – IRRELEVÂNCIA – FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA – NÃO EVIDENCIADOS – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA – NÃO CARACTERIZAÇÃO – MÁ-FÉ E PREJUÍZO – AUSÊNCIA DE PROVA – SENTENÇA 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 e contra o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 19 de maio de 2020.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Convênios Card Administradora e Editora LTDA - ME interpôs recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara da Cidade de Bataguassu que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, julgou procedentes os pedidos formulados na inicial.

Explica que a sentença de mérito foi proferida com base no entendimento de que a empresa recorrente alterou o seu contrato social em 10.02.2016 para incluir nas suas atividades aquela lançada no edital do pregão 033/2016, visto que outra empresa, constituída de mesmos sócios (USE CARD), encontrava-se impedida de participar pelo Município de Tupi Paulista.

Sustenta, no entanto, a validade do pregão e do contrato administrativo firmado com Município de Bataguassu, em razão da inexistência de fraude praticada pelos sócios, visto que o enquadramento de suas atividades já autorizava a contratação do objeto licitado no pregão, em razão do CNAE lançado em ficha cadastral desde 2009, ano em que houve a alteração no contrato social; ausente o dolo dos sócios proprietários em burlar o pregão realizado pelo Município de Bataguassu; os efeitos das sanções administrativas aplicadas a uma empresa (Use Card) não podem ser extensivos à recorrente sem a instauração de incidente de desconsideração da personalidade, seja na via administrativa ou judicial.

Ressalta que o Município de Bataguassu ponderou a ausência de elementos que levassem à concepção de ato fraudulento praticado pelos sócios na alteração cadastral.

Alega que o artigo 12 da LIA faculta a aplicação cumulada ou não de punição. Assim, subsidiariamente, pede pelo afastamento da multa de duas vezes sobre o valor do dano e o impedimento de licitar com a Admimistração Pública, em razão do mínimo prejuízo que o Erário suportou.

Pugna, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso.

Contrarrazões às f. 1.765-1.771 e às f. 1.775-1.786.

A Procuradoria Geral de Justiça, às f. 1.797-1.805, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Convênios Card Administradora e Editora LTDA - ME interpôs recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara da cidade de Bataguassu que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, julgou procedentes os pedidos formulados na inicial.

A apelação preenche os requisitos recursais intrínsecos e extrínsecos, foi interposta dentro do prazo legal, com o recolhimento do respectivo preparo às f. 1.755-1.757.

Depreende-se dos autos que o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul ajuizou a presente demanda em desfavor da empresa Convênios Card Administradora e Editora LTDA, sob o fundamento de ocorrência de prática de improbidade administrativa, em razão da ocorrência de suposta fraude no Processo Licitatório n. 99/2016, na modalidade Pregão Presencial n. 33/2016, realizado no ano de 2016 pelo Município de Bataguassu, consubstanciada no fato de possuir identidade de sócios-proprietários com a empresa Use Card Administradora de Benefícios LTDA, a qual foi sancionada pela Prefeitura Municipal de Tupi Paulista/SP com declaração de inidoneidade e impedimento de contratar e licitar com o Poder Público pelo período de 05 (cinco) anos; e de ter alterado, em janeiro de 2016, o contrato social para a inclusão do objeto de "Administração de Vale Combustível", visando a prestação de serviços em controle de abastecimento de combustíveis com uso de cartões eletrônicos magnéticos.

Pois bem.

Em conformidade com o art. 3º da Lei 8.666/93:

> *"a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos."*

Caminhando. É sabido que a improbidade administrativa se caracteriza pela conduta imoral, qualificada pela lei, que importa em enriquecimento ilícito do agente, prejuízo ao erário e/ou violação dos princípios da administração pública.

Para José dos Santos Carvalho Filho:

> *"a ação de Improbidade Administrativa é aquela em que se pretende o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa." (in CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 23. ed. Rio de Janeiro: LúmenJuris, 2012.)*

Na hipótese de ocorrência de fraude em procedimento licitatório, há evidente afronta ao princípio da moralidade. Uma empresa constituída com desvio de finalidade, objetivando a participação em processos licitatórios e contratação com o Poder Público, por certo que ofende à lei e vai de encontro com os princípios de direito administrativo.

Dito isso, na situação em apreço, denota-se que o Município de Bataguassu promoveu a abertura do Processo Administrativo n. 99/2016 - Pregão Presencial n. 33/2016, que teve como objeto a contratação de empresa especializada para prestação de serviços em controle de abastecimento de combustíveis, compreendendo gerenciamento informatizado, com uso de cartões eletrônicos magnéticos com senha para atender os veículos do Poder Público Municipal (f. 148-179).

A controvérsia principal da demanda é a regularidade da adjudicação de serviços licitados à pessoa jurídica Convênios Card Administradora e Editora LTDA. - ME**.**

Não obstante os argumentos tecidos pelo nobre representante ministerial na demanda e a documentação anexada ao caderno probatório, não penso que seja o caso de procedência dos pedidos inaugurais, pois não se observam elementos concretos da existência de qualquer irregularidade no certame. Nesse mister, entendo que a sentença de primeiro grau há de ser reformada.

Não se controverte que a empresa Convênios Card Administradora e Editora LTDA - ME possui identidade de quadro societário, de atividade econômica e de endereço de sede com a empresa Use Card Administradora de Benefícios LTDA, esta, por meio do processo 19633/026/12 instaurado no Município de Tupi Paulista/SP, sancionada com as penas de declaração de inidoneidade (artigo 87, inciso IV, da Lei n. 8.666/93) e de proibição de contratar com a Administração pelo lapso temporal de 05 (cinco) anos – período de 13/04/2012 a 13/04/2017 (artigo 7º da Lei n. 10.520/02).

Ocorre que tal fato, por si só, não é suficiente para ensejar a inabilidade da Convênios Card para participação em procedimento licitatório, uma vez que a punição imposta pelo Município de Tupi Paulista é restrita à empresa condenada, mormente porque inexistente a desconstituição da pessoa jurídica, de forma que a sanção não pode ultrapassar a pessoa do apenado.

Não se tem notícia de que no edital do Pregão Presencial n. 33/2016 constou a vedação à participação de pessoa jurídica cujos sócios integrassem o quadro social de outra empresa declarada inidônea.

O artigo 87 da Lei 8.666/93 e o artigo 7º da Lei 10.520/02, utilizados como fundamento para imposição de penalidade à empresa Use Card, não estabelecem a extensão das sanções aos sócios da pessoa jurídica.

É assente na jurisprudência que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Também é indubitável que aquela não pode ser presumida, mas sim provada.

Nesse contexto, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de possibilidade de extensão dos efeitos da penalidade administrativa nos casos de empresas constituídas com a finalidade de fraudar a penalidade imposta pelo Poder Público. Vejamos:

> *"ADMINISTRATIVO – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR – EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO – FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA – POSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.*
>
> ***A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93****, de*

modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.

Recurso a que se nega provimento." (RMS 15.166/BA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 262). (G.n.)

Tal precedente, no entanto, diverge da hipótese dos autos, isto porque não houve a constituição de nova sociedade, em substituição a outra declarada inidônea perante a Administração Pública.

In casu, verifica-se que, na realidade, a apelante Convênios Card foi constituída em 15 de fevereiro de 2007 (f. 65-66), mais de três anos antes da constituição da Use Card, criada em 23 de agosto de 2010 (f. 62-63). Assim, não há como amparar o argumento de que aquela foi utilizada somente como forma de burlar as penalidades a esta imposta no ano de 2012.

Outrossim, denota-se que a ocorrência de alteração do objeto social da apelante em 21 de janeiro de 2016, para inclusão de "Administração de Vale Combustível" (f. 211-216), não demonstra a relevância fática almejada para comprovar o propósito deliberado de fraudar licitações, tendo em vista que é notório que desde 12/03/2009, portanto bem antes da declaração de inidoneidade da empresa Use Card, já constava a denominação *"administração de cartões de crédito, emissão de vales-alimentação, vale-transporte e similares (f. 391-393)"*, ramo que a habilitava a participar da licitação controvertida. Portanto, não se vislumbra o abuso da personalidade jurídica - artigo 50 do Código Civil.

Ademais, a respectiva alteração contratual ocorreu antes da deflagração do certame licitatório, situação que afasta o fundamento de que a inserção no objeto social de nova atividade econômica teve como finalidade precípua a possibilidade de participação no pregão realizado pelo Município de Bataguassu.

Em casos similares, já decidiu a jurisprudência:

"PROCESSO CONTRATO ADMINISTRATIVO – CONTRATADA – SÓCIOS – PARTICIPAÇÃO EM SOCIEDADE MAIS NOVA DECLARADA INIDÔNEA – PERSONALIDADE JURÍDICA – ABUSO – NÃO DEMONSTRADO – DESCONSIDERAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE. Ausente prova do abuso da personalidade jurídica, inexiste amparo legal para a desconsideração desta." (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1005811-69.2016.8.26.0322; Relator (a): Teresa Ramos Marques; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Público; Foro de Lins - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/08/2019; Data de Registro: 15/08/2019)

"RECURSOS DE APELAÇÃO E EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO – LICITAÇÃO – HABILITAÇÃO – INIDONEIDADE. A pena administrativa de inidoneidade atinge apenas a pessoa do apenado, não podendo ser estendida automaticamente à pessoa de seus sócios. Necessidade de desconsideração da pessoa jurídica, o que não ocorreu no caso concreto. Boa-fé objetiva que deve ser presumida. Pessoa jurídica vencedora do certame que foi constituída anteriormente àquela pessoa jurídica declarada inidônea. Inexistência de irregularidade nos atos da autoridade administrativa na condução do processo licitatório. Sentença denegatória da ordem reformada. Recursos providos." (TJSP; Apelação Cível 1005154-18.2016.8.26.0229; Relator (a): Marcelo Berthe; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro de Hortolândia - 1ª Vara Judicial; Data do Julgamento: 11/08/2018; Data de Registro: 11/08/2018)

Sendo assim, inexistente apontamento negativo quanto à empresa apelante, agiu com acerto a autoridade administrativa quando a habilitou no procedimento licitatório, de modo que não se verifica qualquer irregularidade em sua contratação.

Dessa forma, não há que se falar em prática de ato de improbidade administrativa ensejador da condenação pretendia pelo autor. E, ausente a comprovação dos atos definidos nos artigos 10 e 11, ambos da Lei nº 8.429/1992, a retificação da sentença singela, para julgamento de improcedência da demanda, é medida que se impõe.

Conclusão

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Convênios Card Administradora e Editora LTDA - ME e dou-lhe provimento, a fim de julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial da presente ação civil pública por ato de improbidade administrativa.

Sem custas processuais e honorários advocatícios.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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 maio de 2020.

***

Órgão Especial
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade
Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0822347-59.2015.8.12.0001/50000 – Campo Grande

EMENTA – INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO TRIBUTÁRIO – DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ICMS E ALÍQUOTA ADICIONAL DESTINADA AO FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA – (27% + 2%) – PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE – ESSENCIALIDADE – SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÃO – ALÍQUOTA VARIÁVEL SUPERIOR AO DA REGRA GERAL DE TRIBUTAÇÃO (17%) – ARTIGO 155, § 2º, INCISO III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ARTIGOS 41, VI e 41-A, II, DA LEI ESTADUAL Nº 1.810/97 – DISCRICIONARIEDADE DO ENTE PÚBLICO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – LEGISLADOR POSITIVO – INCIDENTE EM PARTE NÃO CONHECIDO E NA PARTE CONHECIDA, REJEITADO.

É desnecessária a submissão de demanda judicial à regra da reserva de plenário quando há julgamento da questão constitucional debatida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

Não cabe ao Poder Judiciário adentrar ao poder discricionário do Chefe do Executivo Estadual no âmbito da competência tributária para aferir a calibragem das alíquotas do ICMS por vedação do princípio da separação dos poderes e no regime de distribuição de competências tributárias previsto na Constituição Federal (art. 155, § 2º, CF).

Na esteira da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário ampliar os limites previstos em lei para estabelecer isenções tributárias, redução de impostos ou deduções não previstas legalmente, ante a impossibilidade de atuar como legislador positivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por maioria e, contra o parecer, conheceram em parte do recurso e na parte conhecida rejeitaram a arguição, nos termos do voto do relator. Deixaram de votar os Desembargadores Carlos Eduardo Contar, por não ter participado do início do julgamento e os Desembargadores Ruy Celso e Marcelo Rasslan por se encontrarem em férias.

Campo Grande, 20 de maio de 2020.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Desembargadores Membros da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul suscitam, com base nos artigos 97, da Constituição Federal, 506 do RITJMS, 948 e 949 do CPC/2015 e Súmula Vinculante n.º 10, do STF, Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade na Apelação Cível nº 0822347-59.2015.8.12.0001 interposta contra sentença integrada pelos embargos declaratórios que, nos autos da ação declaratória c/c repetição de indébito, ajuizada pelas Lojas Americanas S/A em face do Estado de

Mato Grosso do Sul, julgou improcedentes os pedidos, por considerar legal a alíquota de 29%, a título de ICMS, no caso de prestação de serviços de telecomunicações.

A alegada inconstitucionalidade, por afronta ao artigo 155, § 2º, III, da Constituição Federal, reside na afirmação de que a majoração de alíquotas de ICMS, sob o fundamento da seletividade, em relação a um serviço essencial (telecomunicações – 27% + 2% - art. 41, VI e 41-A, II, da Lei nº 1.810/97), é inconstitucional, devendo ser aplicada a regra geral de tributação interna no Estado (17% - art. 41, III, "a", da Lei nº 1.810/97), tendo em vista a violação aos princípios da capacidade contributiva, da isonomia, da razoabilidade e do não-confisco.

O Estado de Mato Grosso do Sul e a Assembleia Legislativa, por sua mesa diretora, manifestaram-se às f. 24-36 e 39-56, pela constitucionalidade da alíquota fixada.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência do incidente, com efeito *ex nunc*.

VOTO (EM 04/03/2020)

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

Trata-se de incidente de arguição de inconstitucionalidade cível suscitada pelos Desembargadores Membros da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, com base nos artigos 97, da Constituição Federal, 506 do RITJMS, 948 e 949 do CPC/2015 e Súmula Vinculante n.º 10, do STF, na Apelação Cível nº 0822347-59.2015.8.12.0001 interposta contra sentença integrada por embargos declaratórios, que, nos autos da ação declaratória c/c repetição de indébito, ajuizada pelas Lojas Americanas S/A em face do Estado de Mato Grosso do Sul, julgou improcedentes os pedidos, por considerar legal a alíquota de 29%, a título de ICMS, no caso de prestação de serviços de telecomunicações.

A alegada inconstitucionalidade, por afronta ao artigo 155, § 2º, III, da Constituição Federal, reside na afirmação de que a majoração de alíquotas de ICMS, sob o fundamento da seletividade, em relação a um serviço essencial (telecomunicações – 27% + 2% - art. 41, VI e 41-A, II, da Lei nº 1.810/97), revela-se inconstitucional, devendo ser aplicada a regra geral de tributação interna no Estado (17% - art. 41, III, "a", da Lei nº 1.810/97), tendo em vista a violação aos princípios da capacidade contributiva, da isonomia, da razoabilidade e do não-confisco.

O Estado de Mato Grosso do Sul defende a constitucionalidade da alíquota fixada, eis que o texto constitucional é literal ao afirmar que o ICMS "poderá" e não que "deverá" ser, não indicando uma obrigação, mas mera faculdade ao legislador de realizar a seletividade ou não em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços, e que qualquer desoneração representa invasão da competência de lei complementar para dispor sobre normas gerais de matéria de legislação tributária (CF, art. 146, III,) e causa violação aos artigos 97, *caput*, II e VI, 111 e 176 do CTN, que dispõem sobre os benefícios fiscais (f. 24-36).

Na mesma linha se manifesta a Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, acrescentando que a Constituição Federal atribuiu competência ao legislador estadual para regulamentar o ICMS em todas peculiaridades, sendo defeso ao Poder Judiciário imiscuir-se no tocante à fixação das alíquotas fiscais, ainda que com amparo na seletividade tributária. Por fim, aduz que eventual decisão reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 41, VI, da Lei n. 1.810/97, com a redução da alíquota de ICMS resultará em colapso nas contas públicas.

Por sua vez, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pela procedência do incidente, a fim de declarar a inconstitucionalidade dos artigos 41, inciso VI e 41-A, II, da Lei Estadual nº 1.810/97, com modulação dos efeitos da decisão *pro futuro*.

Fundamentação.

Inicialmente, cumpre registrar que, a despeito de o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 714.139/SC (Lojas Americanas S.A. contra o Estado de Santa Catarina), ter reconhecido a repercussão geral sobre a controvérsia relativa à constitucionalidade de norma estadual que prevê alíquota de 25% alusiva ao ICMS incidente sobre o fornecimento de energia elétrica e nos serviços de telecomunicação, em patamar superior ao estabelecido para as operações em geral 17%, inexiste ordem de sobrestamento de processos relacionados ao tema, razão pela qual passa-se à sua apreciação.

De acordo com a lição de Alexandre de Moraes[1], a análise da constitucionalidade das espécies normativas exige-se a comparação com determinados requisitos formais e materiais, a fim de verificar sua compatibilidade com as regras constitucionais.

A inconstitucionalidade formal resta configurada quando a norma não foi elaborada de acordo com as regras do processo legislativo constitucional, ou seja, não preenche os requisitos subjetivos que tratam da competência de quem detém o poder de sua iniciativa, ou, objetivos que abrangem as fases constitutivas (discussão e votação - quórum) e complementar (promulgação e publicação).

Já a material caracteriza-se pela incompatibilidade do objeto da lei ou do ato normativo com a Constituição Federal ou Estadual.

No caso em tela, a questão versa sobre a alegação de inconstitucionalidade dos artigos 41, inciso VI e 41-A, inciso II, da Lei Estadual nº 1.810/97, os quais fixam alíquotas de ICMS para os serviços de comunicação em 27% + 2%, considerados essenciais, enquanto estabelece patamares menores para produtos e serviços menos relevantes para a população, que estariam em confronto com o artigo 155, § 2º, III, da Constituição Federal.

Do artigo 41-A, inciso II, da Lei Estadual nº 1.810/97

Os 2% previstos no referido dispositivo trata-se de alíquota adicional ao ICMS destinada ao fundo de combate e erradicação da pobreza previsto nos artigos 79 e seguintes do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT[2].

Pois bem, em relação a esta matéria, tem-se que o incidente não deve ser conhecido.

A respeito dos requisitos para submeter o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo de controle difuso ao plenário do Órgão Especial, o parágrafo único do artigo 949 do Código de Processo Civil, estabelece ser despicienda essa providência quando já houver pronunciamento sobre a questão discutida pelo plenário do Tribunal de origem ou do Supremo Tribunal Federal. Veja-se:

> *"Art. 949. Se a arguição for:*
>
> *I - rejeitada, prosseguirá o julgamento;*
>
> *II - acolhida, a questão será submetida ao plenário do tribunal ou ao seu órgão especial, onde houver.*
>
> ***Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão."*** (Destacado)

1 **Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 701.

2 Art. 79. É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000) (Vide Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) (Vide Emenda Constitucional nº 67, de 2010)
Parágrafo único. O Fundo previsto neste artigo terá Conselho Consultivo e de Acompanhamento que conte com a participação de representantes da sociedade civil, nos termos da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000)
Art. 80. Compõem o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000) (Vide Emenda Constitucional nº 67, de 2010)
I - a parcela do produto da arrecadação correspondente a um adicional de oito centésimos por cento, aplicável de 18 de junho de 2000 a 17 de junho de 2002, na alíquota da contribuição social de que trata o art. 75 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000)

Em consulta ao Supremo Tribunal Federal, constatou-se que, em caso análogo, a questão já foi apreciada pelo plenário, oportunidade em que a Suprema Corte, ao analisar a constitucionalidade da alíquota adicional ao ICMS prevista na Lei nº 4.454/2017 do Estado do Amazonas (ADI nº 5.733/AM), reconheceu tão somente a inconstitucionalidade parcial da norma para fazer respeitar o princípio constitucional da anterioridade, mantendo sua incidência.

A propósito:

> *"EMENTA – CONSTITUCIONAL –* ***AÇÃO DIRETA –*** *LEI 4.454/2017 DO ESTADO DO AMAZONAS –* ***INSTITUIÇÃO DE ADICIONAL NAS ALÍQUOTAS DO ICMS, DESTINADO À CRIAÇÃO DE FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA*** *(ART. 82 DO ADCT) – PERDA PARCIAL DO OBJETO –* ***COBRANÇA DO TRIBUTO DENTRO DO MESMO EXERCÍCIO FINANCEIRO NO QUAL FOI PUBLICADA A LEI QUE O INSTITUIU – CARACTERIZAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA*** *(ART. 150, III, 'B', DA CF). 1. A revogação expressa de alguns dos dispositivos da norma impugnada enseja a perda parcial do objeto da ação. 2. O Princípio da Anterioridade (art. 150, III, 'b', da CF), por configurar uma das maiores garantias tributárias do cidadão em face do Estado/Fisco, é consagrado pelo Supremo Tribunal Federal como cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da CF (ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 18/03/1994). Além de constituir garantia individual, assegura a possibilidade de o contribuinte programar-se contra a ingerência estatal em sua propriedade, preservando-se, pois, a segurança jurídica.* ***3. A instituição do adicional de alíquota de ICMS, facultada pelo art. 82, § 1º, do ADCT, não configura hipótese de relativização do referido princípio. 4. Ação Direta julgada procedente, na parte em que conhecida, para declarar a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do artigo 5º da Lei 4.454/2017 do Estado do Amazonas, restringindo-se a censura aos fatos geradores ocorridos entre a data de vigência da norma (1º de julho de 2017) e 31 de dezembro de 2017.*** *"* (ADI 5733, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2019, Processo Eletrônico DJe-215 Divulg 02-10-2019 Public 03-10-2019). (Destacado)

> *"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE SEGURANÇA – ADICIONAL DE ICMS CRIADO POR ESTADO PARA FINANCIAMENTO DO RESPECTIVO FUNDO DE COMBATE À POBREZA (ART. 82, § 1º, DO ADCT) – VALIDADE DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL NAQUILO EM QUE NÃO CONFLITAR COM AS EC Nºs 33/2001 E 42/2003 ATÉ QUE SOBREVENHA A LEI COMPLEMENTAR FEDERAL – OFENSA À ORDEM E ECONOMIA PÚBLICAS – EFEITO MULTIPLICADOR – AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.* ***1. É plausível a tese de que a legislação estadual concernente ao Fundo de Combate à Pobreza naquilo em que não conflitar com as EC nºs 33/2001 e 42/2003 vigora até a edição de lei complementar federal.*** *Precedentes (ACO nº 1.039/MS e ADI nº 5.733/AM). 2. O interesse público primário, manifesto por meio da realização de políticas públicas voltadas ao bem comum, requer instrumentos financeiros para sua efetivação e justifica o deferimento do pedido de suspensão para se manter a cobrança dos adicionais na espécie. 3. Agravo regimental não provido."* (STP 107 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 29/11/2019, Processo Eletrônico DJe-282 Divulg 17-12-2019 Public 18-12-2019). (Destacado)

Não bastasse, a Suprema Corte consolidou entendimento, em sede de repercussão geral, no ARE 914045-RG, no sentido de ser desnecessária a submissão à regra da reserva de plenário quando se tratar de caso de reafirmação de sua jurisprudência.

A propósito:

> *"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – REPERCUSSÃO GERAL – REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA – DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITO PROCESSUAL CIVIL – CLÁUSULA DA RESERVA DE PLENÁRIO – ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL PLENO DO STF – RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELO ESTADO – LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL – MEIO DE COBRANÇA INDIRETA DE TRIBUTOS.* ***1. A jurisprudência pacífica desta Corte,***

agora reafirmada em sede de repercussão geral, entende que é desnecessária a submissão de demanda judicial à regra da reserva de plenário na hipótese em que a decisão judicial estiver fundada em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal, nos termos dos arts. 97 da Constituição Federal, e 481, parágrafo único, do CPC. *2. O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente entendido que é inconstitucional restrição imposta pelo Estado ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quanto aquelas forem utilizadas como meio de cobrança indireta de tributos. 3. Agravo nos próprios autos conhecido para negar seguimento ao recurso extraordinário, reconhecida a inconstitucionalidade, incidental e com os efeitos da repercussão geral, do inciso III do § 1º do artigo 219 da Lei 6.763/75 do Estado de Minas Gerais."* (ARE 914045 RG, Relator(a): Min. Edson Fachin, julgado em 15/10/2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-232 Divulg 18-11-2015 Public 19-11-2015). (G.n.)

Pertinente a lição do Ministro Edson Fachin a respeito da matéria:

> *"No caso concreto, trata-se de um cidadão que teve seu requerimento de inscrição em cadastro de produtor rural indeferido pelo Poder Público, em razão de situação de irregularidade fiscal perante a Administração Tributária. Demais, o fundamento da negativa do pedido se funda no não preenchimento das exigências legais constantes da Lei estadual 6.763/75. Em relação à reserva de plenário, tem-se que a questão constitucional em debate se refere à interpretação do artigo 97 da Constituição Federal, in verbis. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.*
>
> *No âmbito infraconstitucional, vê-se que tal dispositivo constitucional fora assim conformado pelo Código de Processo Civil de 1973 no parágrafo único do artigo 481: Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Aliás, esse comando normativo foi repetido, ipsis litteris, no bojo do parágrafo único do artigo 949 do novo Código de Processo Civil de 2015.*
>
> ***Nesse quadro, não houve error in procedendo por parte do Tribunal de origem, uma vez que sua razão de decidir se pautou no Enunciado da Súmula 547 do STF, o que, por óbvio, demandou reiterados julgamentos do Tribunal Pleno para propiciar a cristalização do entendimento jurisprudencial em enunciado sumular.***
>
> ***Assim, as manifestações reiteradas desta Suprema Corte são no sentido de que não viola o artigo 97 do Texto Constitucional, quando existir pronunciamento plenário do STF acerca da matéria de fundo.***" (Destacado)

Admitir o incidente apenas para sedimentar o entendimento no âmbito deste Tribunal local acerca da legislação estadual, mesmo tendo a Suprema Corte tratado a questão constitucional em caso análogo, é fazer letra morta à regra constante no parágrafo único do artigo 949 do CPC.

Acresça-se que a EC 67/2010[3], prorrogou, por tempo indeterminado, o prazo de vigência do fundo de combate e erradicação da pobreza a que se refere o *caput* do artigo 79 do ADCT e, igualmente, o prazo de vigência da Lei Complementar nº 111, de 6 de julho de 2001.

Do artigo 41, inciso VI, da Lei Estadual nº 1.810/97.

A Constituição Federal ao estabelecer a regra geral de incidência do ICMS dispôs:

> *"Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*
>
> *(...)*

3 Art. 1º Prorrogam-se, por tempo indeterminado, o prazo de vigência do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza a que se refere o caput do art. 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e, igualmente, o prazo de vigência da Lei Complementar nº 111, de 6 de julho de 2001, que Dispõe sobre o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, na forma prevista nos arts. 79, 80 e 81 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

*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**:*

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:

a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;

b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;

***III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.**"* (G.n.)

Conforme orienta a doutrina[4], em relação ao ICMS, o termo "poderá" constitui faculdade aos Estados e ao Distrito Federal na aplicação da seletividade do tributo em razão da essencialidade da mercadoria e serviços e, esse critério se efetiva por meio de calibragem das alíquotas do imposto de acordo com a natureza de cada produto e serviços, levando-se em conta sua imprescindibilidade à manutenção do mínimo vital à subsistência do indivíduo em condições compatíveis com a dignidade da pessoa humana.

O Estado de Mato Grosso do Sul adotou o critério de seletividade para o ICMS, prevendo o Código Tributário Estadual - Lei nº 1.810, de 22 de dezembro de 1997, ao fixar as respectivas alíquotas:

"Art. 41. As alíquotas do ICMS ficam fixadas em:

I - doze por cento, nas seguintes hipóteses:

a) nas operações e nas prestações interestaduais, destinadas a contribuinte ou não do imposto, ressalvadas as operações com bens e mercadorias importados do exterior de que trata o inciso VII do caput deste artigo;

b) nas operações internas com óleo diesel;

II – (revogado pela Lei nº 3.477, de 20 de dezembro de 2007);

III - dezessete por cento, nas seguintes hipóteses:

a) operações internas e nas de importações, ressalvadas aquelas para as quais estejam previstas alíquotas específicas;

b) prestações internas de serviços de transporte ou nas iniciadas ou prestadas no exterior;

c) operações internas com energia elétrica destinada:

1. a comerciantes, industriais e produtores;

2. a consumidores residenciais cujo consumo mensal seja de um a duzentos quilowatts.hora (kWh);

4 ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito tributário na constituição e no STF**. 17. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014. p. 276.

3. à iluminação pública e aos poderes e aos serviços públicos;

d) aquisições em outra unidade da Federação de energia elétrica não destinada a comercialização ou industrialização, quando realizadas por:

1. comerciantes, industriais e produtores;

2. consumidores residenciais cujo consumo mensal seja de um a duzentos quilowatts. hora (kWh);

3. órgãos ou empresas encarregados da iluminação pública ou da execução dos serviços públicos;

4. poderes públicos;

e) aquisições em outra unidade da Federação de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando não destinados a comercialização ou industrialização, exceto a gasolina automotiva;

IV - vinte por cento, nas seguintes hipóteses:

a) operações internas com energia elétrica destinada a consumidores residenciais cujo consumo mensal seja de 201 a quinhentos quilowatts.hora (kWh);

b) aquisições em outra unidade da Federação de energia elétrica não destinada a comercialização ou industrialização, quando realizadas por consumidores residenciais cujo consumo mensal seja de 201 a quinhentos quilowatts.hora (kWh);

c) operações internas e de importação de cosméticos, perfumes e refrigerantes; (acrescentada pela Lei nº 4.751, de 5 de novembro de 2015)

d) operações internas e de importação de álcool carburante; (acrescentado pela Lei nº 5.434, de 13 de novembro de 2019)

V - 25%, nas seguintes hipóteses:

a) operações internas e de importação com:

1. armas, suas partes, peças e acessórios e munições;

2. artigos de pirotecnia classificados na subposição 3604.10 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado (NBM/SH);

3. artigos para jogos de salão, classificados na posição 9504 da NBM/SH, exceto os do código 9504.90.0400;

4. asas-delta, balões e dirigíveis classificados nos códigos 8801.10.0200 e 8801.90.0100 da NBM/SH;

5. embarcações de esporte e de recreio classificadas na posição 8903 da NBM/SH;

b) operações internas com energia elétrica destinada a consumidores residenciais cujo consumo mensal seja acima de quinhentos quilowatts.hora (kWh);

c) operações internas e de importação com álcool carburante, gasolina automotiva;

d) aquisições em outra unidade da Federação de gasolina automotiva não destinada a comercialização ou industrialização;

e) aquisições em outra unidade da Federação de energia elétrica não destinada a comercialização ou industrialização, quando realizadas por consumidores residenciais cujo consumo mensal seja acima de quinhentos quilowatts.hora (kWh);

VI - vinte e sete por cento nas prestações internas de serviços de comunicação ou nas iniciadas ou prestadas no exterior.

VII - quatro por cento, nas operações interestaduais, destinadas a contribuinte ou não do imposto, com bens e mercadorias importados do exterior que, após seu desembaraço aduaneiro*:*

a) não tenham sido submetidos a processo de industrialização;

b) ainda que submetidos a qualquer processo de transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento, reacondicionamento, renovação ou recondicionamento, resultem em mercadorias ou bens com conteúdo de importação superior a 40% (quarenta por cento).

VIII - vinte e oito por cento nas operações internas ou de importação de bebidas alcoólicas, fumo, cigarros e demais produtos derivados do fumo, sendo que deste total:

a) vinte e sete por cento será destinado ao Tesouro do Estado;

b) um por cento será destinado ao Fundo de Investimentos Sociais (FIS), para a celebração de termos de colaboração, termos de fomento ou acordos de cooperação com organizações da sociedade civil que atuem no atendimento, prevenção e na recuperação de dependentes de álcool e de outras drogas, ou que atendam pessoas com deficiência ou idosos abrigados em longa permanência, bem como as instituições de acolhimento institucional que ofereçam acolhimento provisório para crianças e adolescentes afastados do convívio familiar por meio de medida protetiva (ECA artigo 101, inciso VII), sendo que desse total 1/3 (um terço) será destinado à área de saúde, e 2/3 (dois terços) à área de assistência social, devendo ser aplicados nos termos dos artigos 29 e 30 da Lei Federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014.

IX - trinta por cento, nas seguintes hipóteses:

a) operações internas ou de importação de gasolina automotiva;

b) aquisições em outra unidade da Federação de gasolina automotiva não destinada a comercialização ou a industrialização.

§ 1º Nas aquisições, em licitação promovida pelo Poder Público, de mercadoria ou bem importados do exterior e apreendidos ou abandonados, são aplicadas as alíquotas:

I - interna correspondente, nos casos em que o adquirente esteja estabelecido ou domiciliado neste Estado;

II - interestadual, nos casos em que o adquirente esteja estabelecido ou domiciliado em outro Estado, observado o disposto no inciso VII do caput deste artigo.

§ 2º É aplicada a alíquota de dezessete por cento, nas importações ou nas aquisições no mercado local efetivadas pelas polícias civis e militares e por quaisquer órgãos da Administração Direta e Indireta da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios de armas, suas partes, peças e acessórios e munições.

§ 2º-A. Nas operações de exportação para o exterior de mercadorias e serviços de comunicação, sendo tributadas, a alíquota é de treze por cento.

§ 3º Na devolução de mercadoria, ou bem importado, aplica-se a mesma alíquota utilizada na operação originária, ressalvado o caso em que a remessa se deu para simples armazenamento.

§ 5º A fim de atender ao processo de desenvolvimento do Estado, o Poder Executivo pode reduzir a alíquota de energia elétrica até o limite das operações interestaduais, mediante avaliação dos conselhos específicos, por prazo não superior a dez anos, aplicada a estabelecimentos produtores e industriais.

§ 6º O disposto no inciso VII do caput não se aplica:

I - às operações com gás natural importado do exterior;

II - aos bens e às mercadorias importados do exterior que não tenham similar nacional, definidos em lista editada pelo Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior (Camex);

III - aos bens e às mercadorias comprovadamente produzidos em conformidade com os processos produtivos básicos de que tratam:

a) o Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, referente à Zona Franca de Manaus, com as alterações de que tratam as Leis Federais nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991, e nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001;

b) a Lei Federal nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, que dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, com as alterações de que trata a Lei Federal nº 10.176, de 2001;

c) a Lei Federal nº 11.484, de 31 de maio de 2007, que dispõe sobre incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados.

§ 7º Na hipótese do inciso VII do caput, aplicam-se as normas, os critérios, os procedimentos e as obrigações acessórias, inclusive de certificação do conteúdo de importação e de controle, aprovados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), que devem ser reproduzidos, implementados e, se necessário, complementados no regulamento." (G.n.)

Como se verifica no dispositivo acima, ao aplicar a seletividade do tributo de acordo com a essencialidade das mercadorias e serviços, o Estado fixou as alíquotas entre 12% a 30%, providência que, a meu ver, não se revela inconstitucional, pois está dentro da liberdade do exercício de competência tributária que é garantida ao ente público estadual, com alíquotas diferenciadas para contribuintes em situações específicas.

Nada existe na Constituição Federal que obste o Estado de efetuar a calibragem das alíquotas do ICMS de acordo com a natureza dos serviços, seja ele de energia ou telecomunicação ou, ainda, outros produtos.

Pelo contrário, o § 1º de seu artigo 145 estabelece que "*sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte."*

A título exemplificativo, no caso da energia elétrica, a administração tributária aplica diferentes alíquotas com base no consumo, ou seja, 17% de 1 a 200 quilowatts.hora (kWh), 20% de 201 a 500 quilowatts. hora (kWh) e 25% acima de 500 quilowatts.hora (kWh).

Na hipótese dos autos, a insurgência é quanto à alíquota de 27% aplicada nos serviços de telecomunicações, os quais são prestados mediante oferecimento de planos, não havendo como diferenciar as condições econômicas dos usuários.

As contas utilizadas para fundamentar o pedido na ação originária movida pelas Lojas Americanas S/A se referem às faturas nos valores de R$ 201,42 (f. 28 – fev/2011), R$ 85,48 (f. 30 – fev/2012), R$ 69,69 (f. 33 – fev/2012), R$ 150,64 (f. 36 - out/2012), R$ 72,89 (f. 40 – set/2011) e R$ 67,20 (f. 52 – set/2012).

Veja-se que é empresa de considerável poder econômico e os valores utilizados são comuns com os diversos tipos de usuários de condições financeiras inferiores a ela, de modo que não há como fazer a mesma distinção realizada na energia elétrica.

Ademais, não cabe ao Judiciário adentrar ao poder discricionário do Estado no âmbito da competência tributária para aferir a calibragem das alíquotas do ICMS de acordo com a natureza dos serviços.

Isto porque realizar o exame comparativo de alíquotas incidentes sobre produtos ou serviços distintos, exige que o intérprete da norma faça comparação entre eles para então estabelecer o que, segundo a essencialidade, mereça maior ou menor consideração sob o enfoque constitucional, fato que caracteriza adotar critério discricionário e adentrar à conveniência e oportunidade, próprias da atuação administrativa.

A essencialidade tem relação direta com a ciência econômica, notadamente no que concerne aos bens de consumo e, por essa razão, está sujeita a elementos temporais, circunstanciais e, até mesmo, regionais objetos de estudos pelo Estado, e adentrar nessa seara de discricionariedade legislativa, importa em caminhar para o campo da subjetividade.

O fato de o produto fornecido ser considerado essencial, por si só, não permite ser aplicada a regra geral de tributação interna (17%) até porque o Estado aderiu à regra da seletividade do tributo em razão da essencialidade da mercadoria e serviços prevista no artigo 155, § 2º, III, da CF, havendo necessidade de calibragem das alíquotas de acordo com as suas naturezas, senão perde-se a essência do instituto aderido.

Se o Judiciário passar a considerar que todos os serviços essenciais devem ser tributados pela menor alíquota, independentemente da situação econômica do contribuinte, ou seja, a aplicação da regra geral de 17%, como já ocorreu em julgados nesta Corte, conforme relatado no acórdão que ensejou este incidente (Agravo de Instrumento - 1414022-44.2018.8.12.0000 - Companhia Brasileira de Distribuição - Hipermercado Extra), estará descaracterizando o princípio da seletividade facultada ao Estado constitucionalmente.

Veja-se que no acórdão acima citado foi beneficiada empresa de grande porte econômico, como está na iminência de ser também no presente caso (Lojas Americanas), que teve alíquota de ICMS reduzida para 17%, colocando-a em condição de igualdade com o menor consumidor de energia elétrica que paga o mesmo percentual por utilizar consumo mensal de 1 a 200 quilowatts.hora (art. 41, III, "c", 2.a da Lei nº 1.810/97), revelando-se a discrepância da situação posta e a temeridade de se abrir precedente nesse sentido, além de incorrer na violação aos princípios da capacidade contributiva, da isonomia e da razoabilidade previstos no artigo 145, § 1º da Carta Magna.

Enfim, não se desconhece a natureza da essencialidade da prestação dos serviços de telecomunicações, todavia, interferir no processo de seletividade em razão do grau atribuído pelo Estado a esse ou aquele produto, estabelecendo qual percentual da alíquota é mais adequada a ser aplicada, estar-se-ia assumindo o Poder Judiciário a função de legislador positivo, fato que encontra vedação no princípio da separação dos poderes e no regime de distribuição de competências tributárias previsto na Constituição Federal (art. 155, § 2º, CF).

Ademais, a modificação de alíquota divergente daquela estabelecida na lei implica em medida de desoneração tributária, fato que, nos termos do artigo 150, § 6º, da Lei Maior, só pode ser realizado mediante lei específica. *In verbis:*

> *"Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*
>
> *(...)*
>
> *§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g."*

Ressalte-se ser pacífico na Suprema Corte o entendimento de não competir ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo para estabelecer isenções tributárias ou redução de impostos não previstos em lei.

Nesse sentido:

> *"EMENTA – DIREITO TRIBUTÁRIO – DESEMBARAÇO ADUANEIRO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973 – CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO – REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA – PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA – AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. 1. O entendimento da Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal.* ***Na esteira da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário, sob pretexto de atenção ao princípio da isonomia, atuar como legislador positivo concedendo benefícios tributários não previstos em lei.*** *Precedentes. 2. As razões do agravo interno não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo interno conhecido e não provido."* (AI 801087 AgR-segundo, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 22/02/2019, Processo Eletrônico DJe-047 Divulg 08-03-2019 Public 11-03-2019). (G.n.)

> *"EMENTA – AGRAVO INTERNO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – TRIBUTÁRIO –* ***IMPOSTO DE RENDA – LIMITAÇÃO COM GASTOS EM EDUCAÇÃO –*** *CONSTITUCIONALIDADE.* ***1. Não cabe ao Poder Judiciário ampliar os limites estabelecidos em lei para a dedução, da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Física, de gastos com educação. Ao Judiciário não é permitido estabelecer isenções tributárias, redução de impostos ou deduções não previstas em lei, ante a impossibilidade de atuar como legislador positivo.*** *2. Agravo interno a que se nega provimento. Fixam-se honorários advocatícios adicionais equivalentes a 10% (dez por cento) do valor a esse título arbitrado nas instâncias ordinárias (Código de Processo Civil de 2015, art. 85, § 11)."* (RE 984419 AgR, Relator(a): Min. Alexandre De Moraes, Primeira Turma, julgado em 07/05/2018, Processo Eletrônico Dje-096 Divulg 16-05-2018 Public 17-05-2018). (G.n.)

> *"EMENTA – DIREITO TRIBUTÁRIO – SEGUNDO AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – ALEGADA SEMELHANÇA COM A MATÉRIA DISCUTIDA NO RE 736.090 – INOCORRÊNCIA – MULTA PUNITIVA – PERCENTUAL DE 25% SOBRE O VALOR DA OPERAÇÃO – CARÁTER CONFISCATÓRIO – REDUÇÃO DO VALOR DA MULTA – IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO ATUAR COMO LEGISLADOR POSITIVO. 1. O paradigma de repercussão geral (Tema 863 da RG) aplica-se exclusivamente para a fixação do limite máximo da multa fiscal qualificada prevista no art. 44, I, § 1º, da Lei nº 9.430/1996. 2. Em relação ao valor máximo das multas punitivas, esta Corte tem entendido que são confiscatórias aquelas que ultrapassam o percentual de 100% (cem por cento) do valor do tributo devido. Precedentes. 3.* ***A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de não competir ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo para estabelecer isenções tributárias ou redução de impostos.*** *Precedentes. 4. Agravo interno a que se nega provimento."* (ARE 905685 AgR-segundo, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 26/10/2018, Processo Eletrônico Dje-237 Divulg 07-11-2018 Public 08-11-2018). (G.n.)

> *"EMENTA – DIREITO TRIBUTÁRIO – SEGUNDO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO –* ***ICMS – RESTRIÇÕES AO CREDITAMENTO DO IMPOSTO*** *– ALTERAÇÃO DE PREMISSAS FÁTICAS ESTABELECIDAS NA ORIGEM – REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO – INVIABILIDADE – ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL LOCAL – PROVIDÊNCIA VEDADA – SÚMULAS 279 E 280/STF –* ***EXTENSÃO DE TRATAMENTO DIFERENCIADO A DESTINATÁRIOS NÃO CONTEMPLADOS NA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL – IMPOSSIBILIDADE DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA CONDIÇÃO DE LEGISLADOR POSITIVO.*** *1. O Tribunal de origem, partindo de premissas fáticas já estabelecidas e com fundamento na*

interpretação da legislação infraconstitucional aplicável (no caso, o Decreto nº 1944/1989 do Estado de Mato Grosso), concluiu que o ente político pode estabelecer determinadas restrições ao creditamento do imposto. 2. Dissentir das conclusões do acórdão recorrido demandaria o reexame da legislação infraconstitucional e do acervo fático-probatório, providência vedada em sede de recurso extraordinário. A hipótese atrai a incidência das Súmulas 279 e 280/STF. ***3. A jurisprudência desta Corte fixou entendimento no sentido de que é inviável ao Poder Judiciário, com base no princípio da isonomia, estender tratamento diferenciado a destinatários não contemplados na legislação aplicável, sob pena de atuar na condição de legislador positivo.*** *4. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmula 512/STF). 5. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015."* (AI 788783 AgR-segundo, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 09/03/2018, Acórdão Eletrônico DJe-055 Divulg 20-03-2018 Public 21-03-2018). (G.n.)

Os Tribunais Paranaense e Paulista ao analisarem situações análogas envolvendo o ICMS incidente sobre a energia elétrica e comunicação, reconheceram a constitucionalidade da lei estadual por entenderem que a essencialidade do produto ou serviço e a seletividade do tributo é ato de discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo, não podendo o Poder Judiciário interferir sobre o critério de fixação da alíquota por vedação imposta pelo princípio da separação dos poderes.

A propósito:

"INCIDENTE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – PLEITO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE ARTIGOS DE LEI ESTADUAL E DECRETO QUE DISCIPLINAM A ONERAÇÃO DO ICMS INCIDENTE SOBRE A ENERGIA ELÉTRICA NA ORDEM DE 27% – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE EM RAZÃO DA ESSENCIALIDADE DO PRODUTO – CRITÉRIO QUE CABE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AFERIR, SOB A ÓTICA DA DISCRICIONARIEDADE – PODER JUDICIÁRIO INCOMPETENTE PARA AFERIR TAL SITUAÇÃO, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – INSTITUIÇÃO DE ALÍQUOTA NA ORDEM DE 27% QUE NÃO AFRONTA DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL – INCIDENTE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADO IMPROCEDENTE, PARA O FIM DE DECLARAR A CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 14 DA LEI ESTADUAL Nº 11.580/1996 E 15, DO REGULAMENTO DO ICMS NO ESTADO DO PARANÁ, APROVADO PELO DECRETO Nº 5.141/2001 – A Constituição Federal faculta o critério da seletividade do ICMS, entretanto, se adotado deverá ocorrer de acordo com a essencialidade das mercadorias e serviços, e não de acordo com critérios outros. ***Levando-se em conta a essencialidade do produto ou serviço, a seletividade do tributo deve ser observada sob a ótica da discricionariedade dos Poderes Executivo e Legislativo, não cabendo ao Poder Judiciário intervir em tal questão. Franquear ao Poder Judiciário a aferição do grau de essencialidade da energia elétrica para a aplicação do princípio da seletividade, ou seja, interferir sobre o critério de fixação da alíquota da energia elétrica atentaria obliquamente contra o princípio da separação dos poderes. Optando o legislador pela adoção do princípio da seletividade em função da essencialidade do tributo no Estado do Paraná, a fixação de alíquota incidente sobre a energia elétrica em 27%, a fim de promover o equilíbrio econômica-social-político governamental, não há falar em violação a Carta Magna, ainda mais quando esta autoriza que se adote tal posição, ou seja, de tratamento desigual entre partes desiguais, sendo, portanto, constitucionais os artigos 14 da Lei Estadual nº 11.580/1996 e 15, do Regulamento do ICMS no Estado do Paraná, aprovado pelo Decreto nº 5.141/2001.***" (TJPR - Órgão Especial - IDI - 174723-7/01 - Curitiba - Rel.: Desembargador Luiz Mateus de Lima - Unânime - J. 17.11.2006). (Destacado)

*"**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE** – ART. 34, § 1º, ITENS '4', 'B', E '8', DA LEI ESTADUAL Nº 6.374/89 – **ALÍQUOTA DE ICMS INCIDENTE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA E DE COMUNICAÇÃO** – ARGUIÇÃO DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE, PREVISTO NO ARTIGO 155, § 2º, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, PORQUE, NO COTEJO ENTRE A ESSENCIALIDADE DO*

OBJETO DA TRIBUTAÇÃO E A ALÍQUOTA FIXADA, NÃO OBSERVADO O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE, LIMITADOR DA DISCRICIONARIEDADE DO LEGISLADOR – ***Essencialidade dos serviços que não autorizaria tributação em patamar mais elevado (alíquota de 25%), enquanto serviços supérfluos recebem taxação em menor percentual (12%)***. ***Inconstitucionalidade não configurada***. *Norma constitucional que não impõe dever ao legislador ordinário, senão faculta a discricionária adoção da seletividade, 'em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços'. Possibilidade de adoção de alíquotas diferenciadas relativamente aos mesmos serviços, como os de energia elétrica (objeto do pleito inicial), segundo critérios discricionários próprios, ainda considerando a essencialidade dos serviços sujeitos à tributação. Consumo de energia elétrica por conta residencial 'que apresente consumo mensal acima de 200 KWh' taxado pela alíquota de 25%, enquanto o consumo inferior a esse patamar está sujeito à alíquota menor, de 12%. Percentual menor para a conta residencial mensal de menor consumo que, é de entender, leva em consideração o caráter essencial do serviço para residências menores, em contraposição a outras, de maiores dimensões e equipadas com maior quantidade de aparelhos eletrodomésticos e eletrônicos. Aspecto da questão que permite compreender (sem prejuízo da mesma essencialidade) incidente a progressividade tributária, 'que na dicção do art. 145, § 1º, da Carta Constitucional, será adotada sempre que possível nos impostos, de modo a compatibiliza-lo com a capacidade tributária do contribuinte'.* ***Impossibilidade, ademais, de o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, e assim interferir na discricionariedade assegurada pela Carta Maior ao legislador ordinário, com o juízo de oportunidade e conveniência pertinente à atividade regulatória do Estado. Arguição de inconstitucionalidade rejeitada****."* (TJSP; Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0041018-45.2016.8.26.0000; Relator (a): João Carlos Saletti; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de São Carlos - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 08/03/2017; Data de Registro: 10/03/2017). (Destacado)

Nesse contexto, respeitando entendimento contrário, tem-se pela constitucionalidade do artigo 41, inciso VI, da Lei Estadual nº 1.810/97.

Conclusão

Diante do exposto, contrariando o parecer da PGJ, voto por não se conhecer do incidente em relação ao artigo 41-A, inciso II, da Lei Estadual nº 1.810/97 que trata da alíquota adicional ao ICMS de 2% destinada ao fundo de combate e erradicação da pobreza e, por se rejeitar a arguição de inconstitucionalidade em relação ao artigo 41, inciso VI, da Lei Estadual nº 1.810/97, devendo os autos retornar à consideração da e. 3ª Câmara Cível suscitante.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (1º Vogal).

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (2º Vogal).

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada para sessão do dia 15.04.2020 em face do pedido de vista do Des. Dorival Renato Pavan e do período de férias/licença do relator, após este conhecer parcialmente do recurso e na parte conhecida rejeitar a arguição, o que foi acompanhado pelos desembargadores Sérgio Fernandes Martins e Sideni Soncini Pimentel. Os demais aguardam. Ausente, justificadamente o Des. Carlos Eduardo Contar. (sust. Oral)

VOTO (EM 20/05/2020)

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (4º Vogal).

Pedi vistas dos autos para analisar mais detidamente a presente arguição, principalmente sob o enfoque suscitado pela 3ª Câmara Cível ante a alegada inconstitucionalidade da alíquota de 27% estabelecida para os serviços de comunicação pela violação ao princípio da seletividade.

O eminente relator, Desembargador Julizar Barbosa Trindade, embora tenha reconhecido a essencialidade dos serviços de comunicação, entendeu que há óbice para adoção da alíquota genérica, em atenção ao Princípio da Separação de Poderes.

Com a devida vênia, ouso discordar.

Primeiramente, destaco que a decisão aqui a ser lançada, sem abdicar do papel próprio dos tribunais, que é a tutela de direitos, faz uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição Federal e da legislação em exame em diálogo institucional, ou seja, respeitando a Separação de Poderes, inserta tanto no artigo 2º como no artigo 150, § 6º[5], da Constituição Federal, primeiro porque não se trata de isenção ou subsídio, redução da base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, mas de aferição analítica e ponderada do critério da seletividade incidente sobre determinado serviço e, por consequência, a razoabilidade da alíquota adotada em detrimento daquelas já estipuladas no mesmo diploma regulador.

Essa aferição da razoabilidade analítica em matéria tributária há muito vem sendo adotada pelos órgãos superiores, uma vez que diante de lacuna, é admitida integração da legislação pelo poder judiciário, sendo certo que a alíquota genérica já havia sido estabelecida pelo poder legislativo.

Extrai-se a intelecção sopesada acima inclusive em julgados em sede de representativo de controvérsia que conferem margem muito maiores para interpretação, a teor das conclusões abaixo sopesadas:

> *"TRIBUTÁRIO – PIS E COFINS – CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – NÃO-CUMULATIVIDADE – CREDITAMENTO – CONCEITO DE INSUMOS – DEFINIÇÃO ADMINISTRATIVA PELAS INSTRUÇÕES NORMATIVAS 247/2002 E 404/2004, DA SRF, QUE TRADUZ PROPÓSITO RESTRITIVO E DESVIRTUADOR DO SEU ALCANCE LEGAL – DESCABIMENTO – DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE INSUMOS À LUZ DOS CRITÉRIOS DA ESSENCIALIDADE OU RELEVÂNCIA – RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ARTS. 1.036 E SEGUINTES DO CPC/2015). 1. Para efeito do creditamento relativo às contribuições denominadas PIS e COFINS, a definição restritiva da compreensão de insumo, proposta na IN 247/2002 e na IN 404/2004, ambas da SRF, efetivamente desrespeita o comando contido no art. 3o., II, da Lei 10.637/2002 e da Lei 10.833/2003, que contém rol exemplificativo.*
>
> *2.* ***O conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios da essencialidade ou relevância, vale dizer, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de determinado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo contribuinte.***
>
> *3. Recurso Especial representativo da controvérsia parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido, para determinar o retorno dos autos à instância de origem, a fim de que se aprecie, em cotejo com o objeto social da empresa, a possibilidade de dedução dos créditos relativos a custo e despesas com: água, combustíveis e lubrificantes, materiais e exames laboratoriais, materiais de limpeza e equipamentos de proteção individual-EPI.*
>
> *4.* ***Sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 (arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015), assentam-se as seguintes teses:*** *(a) é ilegal a disciplina de creditamento prevista nas Instruções Normativas da SRF ns. 247/2002 e 404/2004, porquanto compromete a eficácia*

5 Art. 150 da CF: Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
(...)
§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.

do sistema de não-cumulatividade da contribuição ao PIS e da COFINS, tal como definido nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003; e (b) ***o conceito de insumo deve ser aferido à luz dos critérios de essencialidade ou relevância, ou seja, considerando-se a imprescindibilidade ou a importância de terminado item - bem ou serviço - para o desenvolvimento da atividade econômica desempenhada pelo Contribuinte.****"* (STJ, REsp 1221170/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 22/02/2018, DJe 24/04/2018) (g.n.)

"RECURSO ESPECIAL – REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA – ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – ***CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – ENERGIA ELÉTRICA – INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA 'CONTRATADA E NÃO UTILIZADA'*** *– LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO.*

Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada.

O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica aos casos de fornecimento de energia elétrica.

Recurso especial improvido. ***Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil.****"* (STJ, REsp 1299303/SC, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Primeira Seção, julgado em 08/08/2012, DJe 14/08/2012) (g.n.)

"EMENTA – DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ICMS – CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE – AQUISIÇÃO NÃO PRESENCIAL – COBRANÇA PELO ESTADO DE DESTINO. 1. ***Ação direta de inconstitucionalidade em que se discute a possibilidade de o Estado de destino cobrar ICMS nos casos em que a mercadoria é adquirida de forma não presencial em outra unidade federativa por consumidor final não contribuinte do imposto. 2. No julgamento da ADI 4.628, Rel. Min. Luiz Fux, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a constitucionalidade do Protocolo nº 21/2011 do CONFAZ, firmou a orientação no sentido de que ofende a Constituição o estabelecimento da diferença de alíquotas do ICMS em favor do Estado destinatário na hipótese de venda direta ao consumidor final não contribuinte do imposto****. 3.* ***Nas recentes ADIs 4596 e 4712, Rel. Min. Dias Toffoli, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reafirmou sua jurisprudência, ressaltando que a 'pretexto de corrigir desequilíbrio econômico, os entes federados não podem utilizar sua competência legislativa concorrente ou privativa para retaliar outros entes federados'.*** *4. Considerando a concessão de medida cautelar ex tunc nesta ação dias após a entrada em vigor da lei, a norma impugnada não teve a oportunidade de produzir efeitos, razão pela qual não se mostra necessária a modulação de efeitos desta decisão. 5.* ***Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente. Fixação da seguinte tese: É inconstitucional lei estadual anterior à EC nº 87/2015 que estabeleça a cobrança de ICMS pelo Estado de destino nas operações interestaduais de venda de mercadoria ou bem realizadas de forma não presencial a consumidor final não contribuinte do imposto.****"* (STF, ADI 4705, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2019, Processo Eletrônico DJe-232 Divulg 24-10-2019 Public 25-10-2019) (g.n.)

Como se não bastasse as questões dirimidas nos julgados acima que atestam o afastamento da aventada tese como óbice à pretendida apreciação, o próprio Supremo Tribunal Federal já elencou como repercussão geral a matéria ora em apreço:

"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%."* (STF, RE 714139 RG, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 12/06/2014, Processo Eletrônico DJe-188 Divulg 25-09-2014 Public 26-09-2014). (G.n.)

O ministro relator Marco Aurélio dispôs no voto condutor.

"(...)

2. O quadro é passível de repetir-se em inúmeros processos considerada a prática de alíquotas diferenciadas quanto a energia elétrica e serviços de comunicação. ***Cumpre ao Supremo definir a espécie, sobretudo o alcance do disposto no artigo 155, § 2º, inciso III, da Constituição Federal, a prever que o ICMS poderá ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.***

3. Admito configurada a repercussão geral.

4. Insiram a matéria no denominado Plenário Virtual.

5. Ao Gabinete, para acompanhar a tramitação do incidente e, uma vez admitida a repercussão, a remessa do processo à Procuradoria Geral da República .

6. Publiquem." (G.n.)

Não foi, assim, elencado o impeditivo da separação dos poderes que desde logo esbarraria análise mais aprofundada da matéria, ainda mais no âmbito da repercussão geral, bem como não foram suspensos os feitos em andamento, o que também autoriza o prosseguimento da presente análise.

Estancado o ponto acima suscitado, cumpre examinar o dispositivo legal estadual alegadamente em confronto com o artigo 155, § 2º, III, da Constituição Federal. Por oportuno, a redação do artigo 41 da Lei Estadual n. 1.810/1997:

"Art. 41. **As alíquotas do ICMS ficam fixadas em***:*

I - doze por cento, nas seguintes hipóteses:

a) nas operações e nas prestações interestaduais, destinadas a contribuinte ou não do imposto, ressalvadas as operações com bens e mercadorias importados do exterior de que trata o inciso VII do caput

deste artigo;

b) nas operações internas com óleo diesel; (Inciso I alterado pela Lei n. 5.205, de 5.6.2018 – DOMS, de 6.6.2018.)

II - Revogado pelo art. 4º da Lei n. 3.477, de 2007.

III **- dezessete por cento, nas seguintes hipóteses:**

a) operações internas e nas de importações, ressalvadas aquelas para as quais estejam previstas alíquotas específicas*; (alterada pelo art. 1º da Lei n. 3.477, de 2007.)*

b) prestações internas de serviços de transporte ou nas iniciadas ou prestadas no exterior;

c) operações internas com energia elétrica destinada:

1. a comerciantes, industriais e produtores;

2. a consumidores residenciais cujo consumo mensal seja de um a duzentos quilowatts. hora (kWh);

3. à iluminação pública e aos poderes e aos serviços públicos;

d) aquisições em outra unidade da Federação de energia elétrica não destinada a comercialização ou industrialização, quando realizadas por:

1. comerciantes, industriais e produtores;

2. consumidores residenciais cujo consumo mensal seja de um a duzentos quilowatts. hora (kWh);

3. órgãos ou empresas encarregados da iluminação pública ou da execução dos

serviços públicos;

4. poderes públicos;

e) aquisições em outra unidade da Federação de petróleo, inclusive lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, quando não destinados a comercialização ou industrialização, exceto a gasolina automotiva;

IV - vinte por cento, nas seguintes hipóteses:

a) operações internas com energia elétrica destinada a consumidores residenciais cujo consumo mensal seja de 201 a quinhentos quilowatts.hora (kWh);

b) aquisições em outra unidade da Federação de energia elétrica não destinada a comercialização ou industrialização, quando realizadas por consumidores residenciais cujo consumo mensal seja de 201 a quinhentos quilowatts.hora (kWh);

*c) operações internas e de importação de cosméticos, perfumes e refrigerantes; (acrescentada pela Lei n. 4.751, de 2015.) (*efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016.)*

d) operações internas e de importação de álcool carburante; (acrescentada pelo art. 2º da Lei nº 5.434, de 13.11.2019- - DOMS, de 14.11.2019.) (efeitos após decorridos noventa dias da data da publicação.)*

V - 25%, nas seguintes hipóteses:

a) operações internas e de importação com:

*1. armas, suas partes, peças e acessórios e munições; (alterado pela Lei n. 4.751, de 2015.) (*efeitos a partir de 1º de janeiro de 2016.)*

2. artigos de pirotecnia classificados na subposição 3604.10 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado (NBM/SH);

3. artigos para jogos de salão, classificados na posição 9504 da NBM/SH, exceto os do código 9504.90.0400;

4. asas-delta, balões e dirigíveis classificados nos códigos 8801.10.0200 e 8801.90.0100 da NBM/SH;

5. embarcações de esporte e de recreio classificadas na posição 8903 da NBM/SH;

b) operações internas com energia elétrica destinada a consumidores residenciais cujo consumo mensal seja acima de quinhentos quilowatts.hora (kWh);

*c) revogada pelo art. 7º da Lei nº 5.434, de 13.11.2019- - DOMS, de 14.11.2019. (*Efeitos a partir de noventa dias da data de publicação.)*

*d) revogada pelo art. 7º da Lei nº 5.434, de 13.11.2019- - DOMS, de 14.11.2019. (*Efeitos a partir de noventa dias da data de publicação.)*

e) aquisições em outra unidade da Federação de energia elétrica não destinada a comercialização ou industrialização, quando realizadas por consumidores residenciais cujo consumo mensal seja acima de quinhentos quilowatts.hora (kWh);

f) prestações internas de serviços de comunicação ou nas iniciadas ou prestadas no exterior.

f) Revogada pelo art. 4º da Lei n. 2.596, de 2002.

VI - vinte e sete por cento nas prestações internas de serviços de comunicação *ou nas iniciadas ou prestadas no exterior. (Acrescentado pelo art. 1º da Lei n. 2.596, de 2002.)*

VII - quatro por cento, nas operações interestaduais, destinadas a contribuinte ou não do imposto, com bens e mercadorias importados do exterior que, após seu desembaraço aduaneiro: (alterado pelo art. 1º da Lei n. 4.743, de 2015.)

a) não tenham sido submetidos a processo de industrialização;

b) ainda que submetidos a qualquer processo de transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento, reacondicionamento, renovação ou recondicionamento, resultem em mercadorias ou bens com conteúdo de importação superior a 40% (quarenta por cento). (Inciso VII acrescentado pelo art. 1º da Lei n. 4.286, de 2012.)

VIII - vinte e oito por cento nas operações internas ou de importação de bebidas alcoólicas, fumo, cigarros e demais produtos derivados do fumo, sendo que deste total:

a) vinte e sete por cento será destinado ao Tesouro do Estado;

b) um por cento será destinado ao Fundo de Investimentos Sociais (FIS), para a celebração de termos de colaboração, termos de fomento ou acordos de cooperação com organizações da sociedade civil que atuem no atendimento, prevenção e na recuperação de dependentes de álcool e de outras drogas, ou que atendam pessoas com deficiência ou idosos abrigados em longa permanência, bem como as instituições de acolhimento institucional que ofereçam acolhimento provisório para crianças e adolescentes afastados do convívio familiar por meio de medida protetiva (ECA artigo 101, inciso VII), sendo que desse total 1/3 (um terço) será destinado à área de saúde, e 2/3 (dois terços) à área de assistência social, devendo ser aplicados nos termos dos artigos 29 e 30 da Lei Federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014. (Alterada pela Lei nº 4.960, de 19.12.2016 – DOMS, de 21.12.2016.)

IX - trinta por cento, nas seguintes hipóteses:

a) operações internas ou de importação de gasolina automotiva;

b) aquisições em outra unidade da Federação de gasolina automotiva não destinada a comercialização ou a industrialização. (Inciso IX acrescentado pelo art. 2º da Lei nº 5.434, de 13.11.2019- - DOMS, de 14.11.2019.) (Efeitos a partir da data em que atendida a anterioridade tributária anual e a nonagesimal de que tratam as alíneas 'b' e 'c' do inciso III do art. 150 da Constituição Federal)*

§ 1º Nas aquisições, em licitação promovida pelo Poder Público, de mercadoria ou bem importados do exterior e apreendidos ou abandonados, são aplicadas as alíquotas:

I - interna correspondente, nos casos em que o adquirente esteja estabelecido ou domiciliado neste Estado; (alterado pelo art. 1º da Lei n. 4.743, de 2015.)

II - interestadual, nos casos em que o adquirente esteja estabelecido ou domiciliado em outro Estado, observado o disposto no inciso VII do caput deste artigo. (Alterado pelo art. 1º da Lei n. 4.743, de 2015.) § 2º É aplicada a alíquota de dezessete por cento, nas importações ou nas aquisições no mercado local efetivadas pelas polícias civis e militares e por quaisquer órgãos da Administração Direta e Indireta da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios de armas, suas partes, peças e acessórios e munições.

§ 2º-A. Nas operações de exportação para o exterior de mercadorias e serviços de comunicação, sendo tributadas, a alíquota é de treze por cento. (Acrescentado pelo art. 1º da Lei n. 5.153, de 28.12.2017 – DOMS, de 29.12.2017.)

§ 3º Na devolução de mercadoria, ou bem importado, aplica-se a mesma alíquota utilizada na operação originária, ressalvado o caso em que a remessa se deu para simples armazenamento.

§ 4º Revogado pelo art. 4º da Lei n. 4.743, de 2015.

§ 5º A fim de atender ao processo de desenvolvimento do Estado, o Poder Executivo pode reduzir a alíquota de energia elétrica até o limite das operações interestaduais, mediante avaliação dos conselhos específicos, por prazo não superior a dez anos, aplicada a estabelecimentos produtores e industriais.

§ 6º O disposto no inciso VII do caput não se aplica: I - às operações com gás natural importado do exterior; II - aos bens e às mercadorias importados do exterior que não tenham similar nacional, definidos em lista editada pelo Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior (Camex); III - aos bens e às mercadorias comprovadamente produzidos em conformidade com os processos produtivos básicos de que tratam: a) o Decreto-Lei n. 288, de 28 de fevereiro de 1967, referente à Zona Franca de Manaus, com as alterações de que tratam as Leis Federais n. 8.387, de 30 de dezembro de 1991, e n. 10.176, de 11 de janeiro de 2001; b) a Lei Federal n. 8.248, de 23 de outubro de 1991, que dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação, com as alterações de que trata a Lei Federal n. 10.176, de 2001; c) a Lei Federal n. 11.484, de 31 de maio de 2007, que dispõe sobre incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados. (§ 6º acrescentado pelo art. 1º da Lei n. 4.286, de 2012.)

§ 7º Na hipótese do inciso VII do caput, aplicam-se as normas, os critérios, os procedimentos e as obrigações acessórias, inclusive de certificação do conteúdo de importação e de controle, aprovados pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), que devem ser reproduzidos, implementados e, se necessário, complementados no regulamento. (Acrescentado pelo art. 1º da Lei n. 4.286, de 2012.)." (G.n.)

Como se vê, a legislação estadual optou por adotar a seletividade como critério para adoção de alíquotas diferenciadas, a teor do quanto oportunizado pelo artigo 155, § 2º, da Constituição Federal, que, por sua vez, fixa a diretriz:

"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***:*

(...)

III - **poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços**.*"* (G.n.)

Infere-se, pois, que o princípio da seletividade importa em fixar alíquotas em patamares tão menores conforme for maior a essencialidade dos bens e serviços a serem tributados, observada a variedade de bens e serviços. O texto constitucional conferiu margem de discricionariedade ao legislador para conferir seletividade na incidência do ICMS.

Não se olvida, assim, 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 artigo 155 da Constituição Federal, segundo o qual o Estado *"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.

Acerca do tema, Leandro Paulsen[6] de maneira profícua expõe:

> ***"Autorização para a utilização da técnica da seletividade. Relativamente ao ICMS, a Constituição autoriza a seletividade.*** *Já para o IPI, é imperativa, determinando que seja seletivo em função da essencialidade do produto, conforme se vê do art. 153, § 3°, I, da CF.*
>
> ***Adotada a seletividade, impõe-se a observância do critério de essencialidade.***
>
> *'(...)* ***a seletividade é facultativa para o ICMS, mas o critério desta, uma vez adotada, só pode ser o da essencialidade das mercadorias ou dos serviços sobre os quais esse imposto incide'****. (MACHADO, Hugo de Brito. O ICMS no fornecimento de energia elétrica: questões da seletividade e da demanda contratada. RDDT 155, ago/08, p. 48)*
>
> *Essencialidade da energia elétrica e da comunicação.* ***Questionam-se a seletividade do ICMS sobre a energia elétrica e sobre as comunicações,*** *pois reflete nas contas de energia e de telefone tanto das pessoas físicas como das pessoas jurídicas. Efetivamente, trata-se de mercadoria e de serviço essenciais, bastando ver que não se pode prescindir da energia para o funcionamento de qualquer residência ou estabelecimento empresarial. As necessidades mais básicas dependem de energia, como produzir luz, refrigerar alimentos, ligar um computador.* ***A essencialidade das comunicações, por sua vez, pode ser vislumbrada pelo número de aparelhos celulares ativos no país, que supera o número de habitantes. A alíquota de 25% aplicável nesses casos é altíssima, superior às alíquotas comuns de 17% ou 18% do ICMS aplicável sobre a circulação da generalidade das mercadorias, conforme o Estado, de modo que a seletividade mostra-se, sim, desrespeitada****. O TJRJ reconheceu o excesso de alíquota de 25%, determinando a aplicação da alíquota genérica de 18%."* (G.n.)

E Ricardo Alexandre[7] agrega:

> *"****Caso o legislador estadual opte por adotar a seletividade, as alíquotas deverão ser fixadas de acordo com a essencialidade do produto****, sendo menores para os gêneros considerados essenciais e maiores para os supérfluos, de forma a gravar de maneira mais onerosa os bens consumidos principalmente pelas pessoas de maior capacidade contributiva, desonerando os bens essenciais, consumidos por pessoas integrantes de todas as classes sociais." (g.n.).*

Dessume-se indubitável do consenso tributário que uma vez adotada a seletividade, esta concepção deve ser adotada para a fixação das alíquotas correlatas.

6 **Direito tributário constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 16. ed. Livraria do Advogado, 2014. p. 818-819.

7 **Direito tributário esquematizado**. 9. ed. Método, 2015. p. 566.

Cumpre, então, averiguar o critério da seletividade em função da essencialidade para se aferir a pertinência da diferenciação das alíquotas.

Esclarece com a clareza que lhe é peculiar Hugo de Brito Machado[8]:

> *"Essencialidade é a qualidade daquilo que é essencial. E essencial, no sentindo em que se está aqui utilizando essa palavra, é o absolutamente necessário, o indispensável. Assim, muito fácil é concluirmos que o critério indicativo da essencialidade das mercadorias, para os fins da seletividade do ICMS, só pode ser o da necessidade ou indispensabilidade dessas mercadorias para as pessoas no contexto da vida atual em nosso País. Mercadoria essencial é aquela que se faz inviável a subsistência das pessoas, nas comunidades e nas condições de vida atualmente conhecidas entre nós. Assim, não nos parece razoável colocar-se em dúvida a essencialidade da energia elétrica. A alíquota do ICMS incidente sobre o seu consumo não deve ser maior do que aquela geralmente aplicável para as demais mercadorias."*

Novamente invocando a explanação de Leandro Paulsen[9]:

> *"**Seletividade em função da essencialidade do produto.** Ser seletivo implica ter alíquotas diferenciadas dependendo do produto (individualmente considerado) ou do tipo de produto (se alimentício, de higiene, têxtil etc), sendo que o critério para tal seletividade é dado pelo próprio contribuinte: o grau de essencialidade do produto. Trata-se de uma técnica de tributação que atende ao princípio da capacidade contributiva. Ricardo Lobo Torres chega a referir-se a ela como um dos 'subprincípios da capacidade contributiva, a significar que o tributo deve incidir progressivamente na razão inversa da essencialidade dos produtos'. (Curso de direito financeira e tributário. 16. ed. Renovar, 2009. p. 377). **Certo é, em regra, que os produtos essen ciais são consumidos por toda a população e que os produtos supérfluos são consumidos apenas por aqueles que, já tendo satisfeito suas necessidades essenciais, dispõem de recursos adicionais para tanto. A essencialidade do produto, pois, realmente constitui critério para diferenciação das alíquotas que acaba implicando homenagem ao princípio da capacidade contributiva.**"* (G.n.)

Segundo José Maurício Conti[10]: *"essa técnica de tributação consiste em se graduar as alíquotas de forma diferente segundo a essencialidade dos produtos, de modo que **o imposto seja proporcionalmente mais elevado quanto mais supérfluo for o produto tributado, e os produtos indispensáveis tenham pouca ou nenhuma tributação.**"* (G.n.).

Tanto por isso já decidido na Excelsa Corte:

> *"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – TRIBUTÁRIO – ICMS – SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA E DE TELECOMUNICAÇÕES – MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA – PRINCÍPIO DE SELETIVIDADE – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – **Não obstante a possibilidade de instituição de alíquotas diferenciadas, tem-se que a capacidade tributária do contribuinte impõe a observância do princípio da seletividade como medida obrigatória, evitando-se, mediante a aferição feita pelo método da comparação, a incidência de alíquotas exorbitantes em serviços essenciais**. II – No caso em exame, o órgão especial do Tribunal de origem declarou a inconstitucionalidade da legislação estadual que fixou em 25% a alíquota sobre os serviços de energia elétrica e de telecomunicações – serviços essenciais – porque o legislador ordinário não teria observado os princípios da essencialidade e da seletividade, haja vista que estipulou alíquotas menores para produtos supérfluos. III – Estabelecida essa premissa, somente a partir do reexame do método comparativo adotado e da interpretação da legislação ordinária, poder-se-ia chegar à conclusão em sentido contrário àquela adotada pelo tribunal a quo. IV – Agravo regimental a que se nega provimento."* (STF, RE 634457 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, Acórdão Eletrônico DJe-157 Divulg 14-08-2014 Public 15-08-2014). (G.n.)

8 **O ICMS no fornecimento de energia elétrica: questões da seletividade e da demanda contratada**. RDDT 155, ago/08, p. 48.

9 *in op. cit*., p. 660.

10 *in* **Sistema constitucional tributário**: interpretado pelos tribunais. Oliveira Mendes, 1997. p. 166.

Referido julgado manteve a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que, por meio de seu Órgão Especial, declarou a inconstitucionalidade do art. 14, VI, b, da Lei n. 2.657/1996, o qual possui a mesma redação do já julgado inconstitucional artigo 14, VI, item 2, do Decreto n. 27.427/2000, cuja ementa da Arguição de Inconstitucionalidade 2008.017.00021, de relatoria do Desembargador José Mota Filho:

> *"ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA – ART. 14, VI, 'B', DA LEI Nº 2.657/96, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, COM A NOVA REDAÇÃO DADA PELA LEI 4.683/2005,* ***QUE FIXA EM 25% (VINTE E CINCO POR CENTO) A ALÍQUOTA MÁXIMA DE ICMS SOBRE OPERAÇÕES COM ENERGIA ELÉTRICA*** *– ANTERIOR DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDE DO ART. 14, VI, ITEM 2 E VIII, ITEM 7, DO DECRETO ESTADUAL Nº 27.427/2000, REGULAMENTADOR DAQUELA LEI, NA ARGUIÇÃO Nº 27/2005 JULGADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTE EG. TRIBUNAL DE JUSTIÇA –* ***LEI IMPUGNADA QUE ADOTA IDÊNTICOS FUNDAMENTOS DO DECRETO, VIOLANDO OS PRINCÍPIOS DA SELETIVIDADE E DA ESSENCIALIDADE ASSEGURADOS NO ART. 155, § 2º, DA CARTA MAGNA DE 1988 – PROCEDÊNCIA DA ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14, VI, 'B', DA LEI 2.657/96, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – DECISÃO UNÂNIME****."* (G.n.)

Em outro valoroso precedente, a Ministra Rosa Weber no julgamento do RE n. 607253 AgR, de sua relatoria junto a Primeira Turma da Suprema Corte, em 07/08/2012 precisamente acentuou:

> *"No caso, a alíquota do ICMS para prestação dos serviços ora mencionados não pode ser equiparada, por conta da essencialidade, às operações com refrigerantes, cigarro, charuto e similares, pois, sendo o fornecimento de energia elétrica e o serviço de comunicação aspectos da dignidade humana, a seletividade constitui medida obrigatória. Assim, a incidência da alíquota de 25% em tais serviços é desarrazoada quando comparada, por exemplo, àqueles incidentes nos serviços de transporte e de distribuição e comercialização de alimentos (12%). (...) de outra parte, não obstante a possibilidade de instituição de alíquotas diferenciadas, conforme a capacidade tributária do contribuinte, o posicionamento ora defendido visa proteger o princípio constitucional da seletividade, evitando, mediante a aferição feita pelo método da comparação, a incidência de alíquotas exorbitantes sem serviços essenciais."*

Seguindo a mesma linha de pensamento, a Procuradoria Geral da República, ao se manifestar no RE n. 714.139/SC, objeto de repercussão geral, igualmente observou no parecer lançado naquele feito em caso idêntico ao dos autos:

> *"O reconhecimento da obrigatoriedade de aplicação da seletividade por critério de comparação é desdobramento do princípio da igualdade tributária (CF, art. 150, II), na perspectiva dos impostos reais e indiretos. O seu paralelo, no contexto dos impostos pessoais, é a progressividade, que, na dicção do art. 145, § 1º, da Carta Constitucional, será adotada sempre que possível nos impostos, de modo a compatibilizá-los com a capacidade econômica do contribuinte. De mais a mais,* ***ainda que fosse o caso de considerar-se facultativa a aplicação da seletividade ao ICMS, uma vez feita a opção do legislador estadual pelo princípio da seletividade, passará, por lógica, a ser obrigatória a utilização do critério de comparação em virtude da essencialidade dos bens e serviços. Os mais essenciais deverão ser submetidos a alíquotas menores do que as destinadas aos supérfluos. As alíquotas devem ser inversamente proporcionais à essencialidade, para impedir que sua definição seja permeada de subjetivismo.*** *Ao tomar de empréstimo do IPI a seletividade para colocá-la também no contexto do ICMS, o constituinte introduziu nesta exação, antes eminentemente fiscal, o componente de extrafiscalidade presente no Imposto de Importação, Imposto de Exportação, IOF e IPI.*
>
> ***Tem o ICMS, na sua atual conformação constitucional, não só a função de arrecadar receitas para Estados e Distrito Federal, mas também de facilitar a circulação de mercadorias e a prestação de serviços essenciais, de um lado, e de desestimular a de supérfluos e produtos prejudiciais à saúde da população, de outro. Segundo o magistério***

de Roque Antônio Carraza[11], a seletividade do ICMS pode ser alcançada por mais de uma técnica, como é o caso da criação de alíquotas diferenciadas, da variação de bases de cálculo e da criação de incentivos fiscais. Contudo, é na esfera da variação de alíquotas que a seletividade se faz mais facilmente alcançável.

E esse é o ponto em que a Lei estadual catarinense 10.297/1996 deixou de atender ao art. 155, § 2º, III, da Constituição e, por corolário, ao princípio da igualdade tributária. Segundo o inciso I de seu art. 19, a alíquota geral de incidência do ICMS no Estado de Santa Catarina, em operações e prestações internas e interestaduais, é de 17% (dezessete por cento). O legislador estadual, abraçando a seletividade, discriminou, no entanto, alíquota especial superior, no patamar de 25 % (vinte e cinco por cento), para operações com energia elétrica, produtos supérfluos, gasolina automotiva, álcool carburante e prestação de serviços de comunicação.

De outra parte, aplicou alíquota reduzida a 12% (doze por cento) a, entre outras mercadorias e serviços, operações com energia elétrica de consumo domiciliar até 150 kWh (cento e cinquenta quilowatts-hora) e as destinadas a produtor rural e cooperativas rurais redistribuidoras, na parte que não exceder a 500 kWh (quinhentos quilowatts-hora) mensais por produtor rural. Observa-se, de plano, a desproporcionalidade entre a alíquota geral e a aplicada à energia elétrica e aos serviços de comunicação. ***Esse contraste é ainda mais nítido quando se tem em mente que a mesma alíquota incidente sobre produtos supérfluos é destinada à energia e às telecomunicações, essenciais ao exercício da dignidade humana****.*

(...)

Por outro lado, ***ao tributar sobremaneira o consumidor comum de energia e serviços de telecomunicação, o legislador estadual criou fator de discrímen que malfere o direito do contribuinte à facilitação do acesso a esses produtos/serviços. O Poder Judiciário tem não apenas a competência, mas igualmente o dever de investigar a questão (CF, art. 5º, XXXV), de modo a afastar do cenário jurídico a lei inconciliável com a proteção constitucional ao contribuinte.***

Eliminada a regra especial que estipula alíquota majorada para energia elétrica e telecomunicações, tem-se que o ICMS de ambas cairá automaticamente na regra geral do Estado-membro (hoje sob alíquota de 17%).” (G.n.)

Ora, a essencialidade dos serviços de telecomunicações é tão evidente nos dias de hoje, estando salientada em outros diplomas legais federais muito antes da inclusão feita no Código Tributário Estadual apenas em 2002, como bem apontado pelo eminente relator do feito originário, Desembargador Claudionor Abss Duarte (f. 193 do caderno principal):

“Todavia, a prestação de serviços de comunicação, mesmo em ambiente empresarial, como é o caso dos autos, não tem nada de supérfluo, pois é parte essencial da logística de qualquer empreendimento. ***Inclusive é curioso que a alíquota para armas é de 25%, enquanto que para serviços de telecomunicações é de 27%, mesmo que não haja dúvida de que aquisição de armas é menos essencial do que a comunicação.***

Em outras oportunidades, tive a oportunidade de manifestar o entendimento de que os serviços de telecomunicações são essenciais, conforme algumas leis buscaram assim explicitar, a título meramente exemplificativo, senão veja-se:

1) ***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.*

11 CARRAZZA, Roque Antonio. **ICMS**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 460-461.

> *2)* ***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****;*
>
> *3)* ***O próprio Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 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****.”* (G.n.)

Discutir a essencialidade dos serviços de comunicação hoje beira a obviedade de dizer que quem tem fome precisa comer. Nenhum outro serviço é implementado sem antes se utilizar da comunicação. Os produtos são adquiridos e comercializados mediante a expedição de notas fiscais atreladas aos sistemas de controle municipal e estadual de receita; os pagamentos de um empregado doméstico dependem de lançamento no sistema federal e-social, os atendimentos médicos em postos de saúde e consultórios particulares são registrados ou intermediados por sistemas de comunicação; os processos judiciais dependem para serem peticionados e movimentados por advogados em sua esmagadora maioria de serviços de internet, bem como as decisões emanadas e proferidas, o lazer da sociedade atual reside igualmente nesse tipo de prestação, bastando aferir o número de telefones celulares *per capita* no país que supera a população em si[12], enfim seria uma relação demasiadamente extensa para se alongar para constatar o óbvio: não se vive mais na sociedade contemporânea sem serviços de comunicação, de modo que a essencialidade é a própria natureza desse tipo de serviço.

Convém ressaltar a essencialidade dos serviços de comunicação sobremaneira exacerbada nesse período de enfrentamento à pandemia do coronavírus, que se não fosse a prestação em caráter fundamental, não se teria compras das mais diversas espécie por aplicativo e *sites*, aulas *on line* em substituição às escolas fechadas, consultas médicas via atendimento eletrônico, inclusive essa sessão de julgamento por videoconferência, instaurada para atender às demandas do Judiciário e com ampla participação de todos os envolvidos no processo, até mesmo com sustentação oral dos advogados, mantendo a devida prestação jurisdicional em dia.

Sob qualquer ótica que se analise a questão, não se escapa da essencialidade que deve pautar a fixação das alíquotas do ICMS para os serviços de comunicação em atenção ao Princípio da Seletividade expressamente adotado pelo Estado de Mato Grosso do Sul na regulação tributária, ademais se equiparar com armas, artigos de pirotecnia, artigos de jogos de salão, asas-delta, balões e dirigíveis, embarcações de esporte e recreio, já que todos são tributados a alíquota de 25%, sendo, portanto, evidente a não observância ao princípio da seletividade, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Revela-se, portanto, a alíquota de 27% sobre o serviço de comunicação contrária 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, autorizando a adoção da alíquota genérica de 17% prevista no artigo 41, III, “a”, da Lei Estadual n. 1.810/1997 ante a patente a inconstitucionalidade do inciso VI do mesmo dispositivo.

Corrobora o raciocínio sopesado acima o bem lançado parecer ministerial de lavra do eminente Procurador Geral de Justiça Humberto de Matos Brittes (f. 155-163):

> *“Analisando-se detidamente os autos, verifica-se presente a inconstitucionalidade suscitada, devendo o presente incidente ser julgado procedente.*
>
> *É cediço que o princípio da seletividade disposto no art. 155, § 2º, III, da CF está endereçado ao poder legislativo, consagrando uma faculdade a este de realizar a seletividade em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços.*

12 Disponível em: https://link.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-ja-tem-mais-de-um-smartphone-ativo-por-habitante-diz-estudo-da-fgv,70002275238

Acerca do assunto, a doutrina consagra:

Trata-se de um Princípio orientador e não impositivo, quanto ao

ICMS. Pauta-se pela estipulação de alíquotas diferenciadas para certos produtos e/ou serviços, para mais ou para menos, com base na seletividade, em função da essencialidade. A seletividade decorre da conceituação do que é mais essencial ou do que é menos essencial ou supérfluo, visando-se à minimização da carga tributária daquilo que é mais essencial e maior onerosidade do que é dispensável. 1

O ICMS poderá ser seletivo em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços. Não se pode, porém, entender que, aplicada ao ICMS, a seletividade seja um princípio, porque se trata apenas de simples faculdade. No caso do IPI temos um princípio, porque se trata de vetor que dá ao imposto uma diretiva fundamental.

Tudo o que ali se disse se aplicará à seletividade do ICMS, sendo adotada.

De fato, diferentemente do estabelecido para o IPI, onde a seletividade é obrigatória (art. 153, IV, § 3º, I,), a Constituição Federal deixou a cargo do Poder Legislativo Estadual regulamentar o ICMS em suas peculiaridades, de modo que a ele compete facultativamente estabelecer alíquotas diferenciadas conforme a essencialidade do serviço e ou da mercadoria.

No caso presente, contudo, o legislador estadual optou por estabelecer alíquotas diferenciadas levando-se em conta a essencialidade do serviço ou da mercadoria, de modo que, em se fazendo essa opção, deveria fazê-lo em compatibilidade com os preceitos estabelecidos no art. 150, II, da Constituição, que assim dispõe:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...) II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Em verdade, é desdobramento do princípio da igualdade tributária (CF, art. 150, II) o reconhecimento da aplicação da seletividade por critério de comparação, na perspectiva dos impostos reais e indiretos.

No contexto dos impostos pessoais, o seu correspondente seria a progressividade, que, nos termos do art. 145, § 1º, da Constituição Federal, deve ser adotada sempre que possível nos impostos, de modo a compatibilizá-los com a capacidade econômica do contribuinte.

Desse modo, uma vez feita a opção do legislador estadual pelo princípio da seletividade, entende-se que passa a ser obrigatória a utilização do critério de comparação em virtude da essencialidade dos bens e serviços, de forma que os mais essenciais devem ser submetidos a alíquotas menores se comparados àqueles destinados aos supérfluos. Portanto, as alíquotas devem ser inversamente proporcionais à essencialidade, para impedir que sua definição seja permeada de subjetivismo.

No caso, o constituinte introduziu o caráter da extrafiscalidade, como ocorre no caso do Imposto de Importação, Exportação, IPI e IOF, de modo que tal exação não possui apenas a função de arrecadar receitas para os Estados e DF, mas também visa facilitar a circulação de mercadorias e a prestação de serviços tidos por essenciais, desestimulando, por outro lado, aqueles supérfluos e/ou prejudiciais à saúde da população.

Nesse passo, verifica-se que o dispositivo estadual impugnado deixou de atender ao disposto no art. 155, § 2º, III, da CF, violando o princípio da igualdade tributária.

Nos termos do inciso I do art. 41, a alíquota de incidência do ICMS no Estado de Mato Grosso do Sul, em operações e prestações interestaduais, ressalvadas as operações com

bens e mercadorias importadas do exterior de que trata o inciso VII do caput do artigo, e em operações internas com óleo diesel é de 12 % (doze por cento).

Em geral, nas operações internas e nas de importações, nas prestações internas de serviços de transporte ou nas iniciadas e prestadas no exterior, e nas produtores; a consumidores residenciais cujo consumo mensal seja de um a duzentos quilowatts. hora (kWh); à iluminação pública e aos poderes e aos serviços públicos; a alíquota foi fixada em 17% (dezessete por cento), nos termos do inciso II, do mesmo artigo.

Ainda em razão da seletividade, o legislador estadual discriminou alíquota especial superior, no patamar de 25 % (vinte e cinco por cento), para operações com armas, suas partes, peças e acessórios e munições; artigos de pirotecnia; artigos para jogos de salão; asas-delta, balões e dirigíveis; embarcações de esporte e de recreio.

No questionado inciso VI, a alíquota de 27% (vinte e sete por cento) nas prestações internas de serviços de comunicação ou nas iniciadas ou prestadas no exterior ficou bem próxima àquela estabelecida nas operações internas ou de importação de bebidas alcoólicas, fumo, cigarros e demais produtos derivados do fumo (28% - inciso VIII do art. 41).

Verifica-se, portanto, que, de uma maneira geral, o Estado cumpriu bem o critério da seletividade, em razão da natureza essencial dos produtos e dos serviços, como exemplo, no fornecimento de energia elétrica, para quem consome mais do que a média e sem qualquer justificativa de produção, arcará com alíquotas maiores, do mesmo modo que na aquisição de produtos supérfluos, tais como armas, cigarros, joias, perfumes, etc., onde também se estipulou alíquotas maiores do que a de 17%.

Todavia, a desproporcionalidade entre a alíquota geral aplicada e àquela incidente sobre os serviços de comunicação é evidente, próxima a estabelecida para produtos supérfluos e prejudiciais à saúde como é o caso das operações internas ou de importação de bebidas alcoólicas, fumo e cigarros.

É certo que a prestação de serviços de comunicação, mesmo em ambiente empresarial, como é o caso, é essencial para a logística de qualquer empreendimento. Nesse passo, é desarrazoado e desproporcional que a alíquota para armas seja de 25%, enquanto que para serviços de telecomunicações esteja no patamar superior de 27%.

(...)

Fato é que ao tributar sobremaneira os serviços de telecomunicação, se comparada à alíquota ordinária do imposto, e, ainda, àquela incidente sobre produtos e serviços considerados supérfluos, o legislador acaba por criar fator de discrímen que malfere o direito do contribuinte à facilitação do acesso a esse serviço, em afronta os princípios constitucionais da seletividade, capacidade contributiva, vedação ao confisco, proporcionalidade e razoabilidade.

Em sendo assim, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, de modo que não há que se falar em usurpação de competência do legislativo, mas de se garantir a proteção constitucional ao contribuinte.

(...)

Em relação aos efeitos resultantes da presente declaração incidental, tendo em vista os graves reflexos econômicos e sociais que podem advir de tal declaração, manifesta-se este órgão ministerial pela modulação dos efeitos pro futuro, afim de que o Estado possa adaptar toda a sua legislação em face do princípio da seletividade e estabelecer novas previsões orçamentárias, recalculando suas receitas e se evitando um desequilíbrio nas contas estatais.

Por todo o exposto, o Ministério Público Estadual, por seu Procurador-Geral de Justiça em Exercício, manifesta-se pela procedência do presente Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, declarando-se a inconstitucionalidade do art. 41, inciso VI, e art. 41-A, II, da Lei Estadual n. 1.910/97, com modulação dos efeitos da decisão pro futuro."

Por todo o exposto, conclui-se que o alto grau de essencialidade dos serviços de comunicação evidenciam a inconstitucionalidade do inciso VI do artigo 41 da Lei Estadual n. 1.810/1997 ao prever a tributação do ICMS mediante alíquota majorada de 27% em manifesta violação ao Princípio da Seletividade, previsto no artigo 155, § 2°, III, da Constituição Federal, devendo a lacuna da reconhecida inconstitucionalidade ser suprimida pelo inciso III, "a", do mesmo artigo (artigo 41 da Lei Estadual n. 1.810/1997) com a adoção do percentual de 17%.

Derradeiramente, ante a falta de dedução de argumentos quanto à previsão do artigo 41-A da Lei Estadual n. 1.810/1997 e uma eventual inconstitucionalidade desde a exordial do feito originário, deixo de apreciá-lo, como também fez o relator deste incidente.

Não se descura diante da conclusão adotada dos graves reflexos econômicos e sociais que a declaração de inconstitucionalidade do preceito legal estadual frente ao artigo 155, § 2º, III, da Constituição Federal acarretará acaso não lhe sejam modulados os efeitos.

É patente o risco à segurança jurídica no caso subjacente, sobretudo em razão do excepcional interesse social na continuidade das prestações sociais de cunho estadual e no adimplemento geral dos compromissos assumidos pelo ente federado com base em seu orçamento.

Incide, pois, independentemente da formulação de pedido pelo Estado de Mato Grosso do Sul, o preceito do artigo 27[13] da Lei n. 9.868/1999, para que sejam estabelecidos *pro futuro* os efeitos da inconstitucionalidade reconhecida, a teor do quanto já possibilitado pelo Supremo Tribunal Federal em casos análogos, *v.g.*, RE n. 658026, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2014, Repercussão Geral.

Configura-se observado o modo menos menos gravoso para o solucionamento da inconstitucionalidade em apreço.

Ante o exposto, com o parecer da Procuradoria-Geral da Justiça, julgo procedente o pedido, declarando a inconstitucionalidade do inciso VI do artigo 41 da Lei Estadual n. 1.810/1997, autorizando a adoção da alíquota genérica de 17% prevista no artigo 41, III, "a", da Lei Estadual n. 1.810/1997, com efeitos *pro futuro*, consoante artigo 27 da Lei n. 9.868/1999, contado da data da publicação deste acórdão.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (5º Vogal)

Acompanho o voto do Des, Pavan.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (7º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (8º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (9º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (11º Vogal)

13 Art. 27 da Lei n. 9.868/1999: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. João Maria Lós. (12º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (13º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (14º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e, contra o parecer, conheceram em parte do recurso e na parte conhecida rejeitaram a arguição, nos termos do voto do relator. Deixaram de votar os desembargadores Carlos Eduardo Contar, por não ter participado do início do julgamento e os Desembargadores Ruy Celso e Marcelo Rasslan por se encontrarem em férias.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 20 de maio de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade
Apelação Cível nº 0802104-77.2019.8.12.0026 – Bataguassu

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – INVENTÁRIO POR ESCRITURA PÚBLICA – ITCD – DIVERGÊNCIA QUANTO À BASE DE CÁLCULO – BENS IMÓVEIS – APLICAÇÃO DO ARTIGO 38 DO CTN E 127, I, ALÍNEA b, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO ESTADUAL – VALOR VENAL – AVALIAÇÃO ADMINISTRATIVA DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL – VALOR DE MERCADO – DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE – RECURSO NÃO PROVIDO.

De acordo com a legislação estadual, federal e constitucional, cabe ao Estado de Mato Grosso do Sul, na apuração da base de cálculo do ITCD, realizar avaliação administrativa com base no valor médio de mercado, inexistindo qualquer imposição legal no sentido de que deve ser observado o valor venal praticado pelos Municípios no cálculo do IPTU.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 26 de maio de 2020.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Carolina Maria da Silva, Liderci Bruna da Silva, Cosme Aparecido da Silva, Maria de Jesus da Silva interpõem apelação contra sentença que, no mandado de segurança cível impetrado em face do Delegado do Posto Fiscal Estadual do Mato Grosso do Sul e do Estado de Mato Grosso do Sul, denegou a segurança para que o ITCD devido em virtude do falecimento de Antenor Bruno da Silva seja recolhido sem a inclusão de qualquer multa e de acordo com parâmetros da avaliação municipal (IPTU) dos imóveis na data do fato gerador.

Sustentam que a base de cálculo utilizada pelo fisco estadual ofende os artigos 150, inciso I, da CF e 97, incisos I e IV do CTN, posto que, ao alterar o valor venal dos imóveis, majora o valor do tributo.

Alegam que, diante do *quantum* apurado pelo ente municipal, é injustificável a realização de uma nova avaliação unilateral pelo próprio ente beneficiário do tributo em tela, sem qualquer discussão legislativa.

Requerem, assim, o provimento do recurso para declarar inadmissível a exigência defendida pelo Estado e determinar a adoção do valor referente ao IPTU.

Contrarrazões às f. 114-120.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do apelo (f. 131-137).

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Carolina Maria da Silva, Liderci Bruna da Silva, Cosme Aparecido da Silva, Maria de Jesus da Silva contra sentença que, no Mandado de Segurança Cível impetrado em face do Delegado do Posto Fiscal Estadual do Mato Grosso do Sul e do Estado de Mato Grosso do Sul, denegou a segurança para que o ITCD devido em virtude do falecimento de Antenor Bruno da Silva seja recolhido sem a inclusão de qualquer multa e de acordo com parâmetros da avaliação municipal (IPTU) dos imóveis na data do fato gerador.

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 por serem beneficiários da assistência judiciária gratuita.

Fundamentação

Na espécie, verifica-se que os apelantes divergem da Fazenda Pública Estadual quanto à base de cálculo do ITCD incidente na transmissão de imóveis em decorrência da morte de Antenor Bruno da Silva.

Para tanto, alegam que o valor obtido pelo município para apuração do IPTU é o venal adequado também para o cálculo do ITCD.

O Fisco Estadual, por sua vez, sustenta que apura a base de cálculo (valor venal do imóvel) por avaliação administrativa do Estado baseada em critérios razoáveis, como a valorização imobiliária, nos termos da Lei Estadual nº 1.810/97 e do Decreto Estadual nº 14.033/2014.

A Constituição Federal estabelece no art. 155, inciso I, que:

> *"Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*
>
> *I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos."*

O Código Tributário Nacional, por sua vez, no Título III, que trata dos Impostos, Capítulo III, Seção III, traz regras a respeito do Imposto sobre a Transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos, seja inter vivos (ITBI) ou *causa mortis* (ITCMD).

Mais especificamente, prevê em seu artigo 38 que *"a base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos."*

O Código Tributário do Estado de Mato Grosso do Sul (Lei n°. 1.810/1997) estabelece em seu art. 121 e § 2°:

> *"Art. 121. O Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação de quaisquer bens ou direitos - ITCD incide sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos.*
>
> *§ 2º Entende-se como quaisquer bens ou direitos, os bens imóveis e os direitos a ele relativos, os móveis, tais como, os semoventes, mercadorias e qualquer parcela do patrimônio que for passível de mercancia ou de transmissão, mesmo que representados por títulos, ações, quotas. Certificados, registros ou qualquer outro bem ou documento, assim como dinheiro, haver monetário em moeda nacional ou estrangeira e título que o represente, depósito bancário e crédito em conta corrente, deposito em caderneta de poupança e a prazo fixo, quota ou participação em fundo mútuo de ações, de renda fixa, de curto prazo, e qualquer outra aplicação financeira e de risco, seja qual for o prazo e a forma de garantia."*

O artigo 127, inciso I, alínea b estabelece:

> *"Art. 127. A* ***base de cálculo do ITCD é o valor venal dos bens ou direitos objeto de transmissão legítima ou testamentária ou de doação, apurada e calculada nas formas a seguir especificadas****:*
>
> *I - na transmissão por sucessão legítima e testamentária, processada:*
>
> *b)* ***sob o rito do arrolamento ou realizada por escritura pública, o valor venal dos bens ou direitos, fixados por avaliação administrativa.****"* (G.n.)

No tocante ao conceito do valor venal, Hugo de Brito Machado assim leciona:

> *"Valor venal é aquele que o bem alcançaria se fosse posto à venda, em condições normais. Em princípio,* ***é o preço praticado na compra e venda.*** *Preço, neste caso, praticado na venda à vista, vale dizer, sem incluir qualquer encargo relativo a financiamento. No entanto, o valor venal não é necessariamente o preço praticado na compra e venda dos bens.* ***Preço e valor são coisas diversas, e no caso o que importa é o valor venal, e não o preço efetivamente praticado, pois a lei diz que a base de cálculo é o valor venal.****"* (MACHADO, Hugo de Brito. Comentários ao código tributário nacional. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.)

No mesmo sentido são os comentários de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> *"O CTN 38 determina que a base de cálculo do imposto ' é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos'. A doutrina admite outro entendimento, ao prescrever que 'a base de cálculo desse imposto há de ser fixada pela lei da entidade competente para instituir o tributo. Deve ser, em princípio, o valor de mercado do bem objeto da transmissão. Pode ser menor. Não pode ser maior posto que se estaria atingindo riqueza outra que não o próprio bem transmitido'. (Machado. Curso, p. 308) (...) quanto aos bens imóveis ou direitos a eles relativos, o valor considerado não pode ser inferior ao utilizado para o cálculo do IPTU (imposto sobre a propriedade territorial urbana) ou do ITR (imposto sobre a propriedade territorial rural). (...)."* (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código civil comentado. 7. ed. rev. ampl. e atual, até 25.8.2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.)

Conclui-se, dessa forma, que, em arrolamento ou inventário por escritura pública, o valor do bem, para fins de cálculo do imposto de transmissão *causa mortis*, deve ser o apurado em avaliação administrativa, a qual leva em conta o valor de mercado, ou aquele que mais se aproxima dele, podendo ser menor, porém não maior, sob pena de enriquecimento sem causa, sem que haja qualquer vinculação com o valor utilizado pelo município como base de cálculo para a cobrança do imposto de sua competência.

A propósito, bem ponderou o il. Procurador de Justiça (f. 134-135):

> *"Como se vê, de acordo com a legislação atinente ao tema, a base de cálculo do ITCD é o valor venal dos bens ou direitos objeto de transmissão, fixado, quando realizada por escritura pública, por avaliação administrativa.*
>
> ***Nessa perspectiva, em se tratando de imposto de competência dos Estados, cabe ao Estado de Mato Grosso do Sul, na hipótese em comento, definir o valor venal por intermédio de avaliação administrativa.***
>
> ***Importante registrar que o Estado-membro, para o cálculo do ITCD, não está compelido a seguir a avaliação praticada pelo Município para o cálculo do IPTU; não existe qualquer previsão legal nesse sentido. O Estado-membro pode até se valer do valor venal apurado pelo Município, porém, caso entenda que este não guarda correspondência com o preço médio de mercado do bem, pode proceder à avaliação administrativa por intermédio de seus agentes, inexistindo ilegalidade nessa prática.***

Nesse sentido são os comentários de Regina Celi Pedrotti Vespero Fernandes, retirados da obra Constituição e Código Tributário comentados2, de Leandro Paulsen:

'(...) cada Estado membro apura o valor venal de seus imóveis de uma determinada forma. Ocorre, entretanto, de o Estado-membro valer-se do valor venal apurado pelo Município, baseado em seu cadastro imobiliário, para fins de cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano, quando se cuidar de imóvel urbano, e o apurado pela União, quando se tratar de Imposto Territorial Rural, se imóvel rural. Todavia, nada impede que os Estados-membros apurem o valor venal, por intermédio de seus agentes, segundo critérios administrativos predeterminados'. (FERNANDES, Regina Celi; PEDROTTI, Vespero. Imposto sobre transmissão causa mortis e doação ITCMD. São Paulo: RT, 2002. p. 64-65).

Por outro lado, não procede o argumento dos apelantes no sentido de que não há critério na avaliação administrativa realizada pelo Estado, tratando-se de cobrança abusiva, visto que a avaliação é pautada pelos valores de mercado, constando na guia emitida às f. 32-35 a metodologia de avaliação:

'Metodologia de Avaliação: O ITCD, de gestão estadual, possui normas e sistemáticas próprias para cada Unidade da Federação. Em Mato Grosso do Sul adotamos como padrão de avaliação o preço médio de mercado. Para tanto, no tocante aos imóveis rurais utilizamos os valores pautados por hectare/terra nua, por microrregião, resultantes de uma média obtida através de pesquisas de preços em sites especializados, acrescido de percentual para benfeitorias, com base em análise procedida no ITR. Já para os urbanos, utilizamos como padrão de cálculo os valores divulgados por bairros e/ou ruas para m² de terrenos, chácaras, etc pelo Infoimóveis, Câmara de Valores Imobiliários, Folha Imóveis, Imóvel & CIA, jornais locais e etc. E para a área construída, utilizamos o CUB mensal, divulgado pelo Sinduscon/MS e aplicado, se for o caso, o índice de depreciação por anos de construção da Tabela Ross Heidecke. (...)'.

Dessa forma, denota-se que a avaliação administrativa dos imóveis dos apelantes foi realizada segundo critérios pré-estabelecidos, não sendo o montante cobrado pelo Fisco advindo de um mero capricho.

Ressalta-se que havendo discordância em relação aos valores atribuídos pelo Estado aos imóveis, as apelantes podem socorrer-se do Judiciário, pleiteando, inclusive, uma avaliação judicial para dirimir eventuais dúvidas. Todavia, tal providência deve ser buscada através do meio processual adequado, não sendo cabível, na estreita via do mandado de segurança, a análise acerca da correção do valor apurado administrativamente pelo Estado, pois demandaria dilação probatória, o que é vedado em sede mandamental." (G.n.)

Outro não é o entendimento desta Corte:

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVENTÁRIO – PRELIMINAR FALTA DE INTERESSE DE AGIR – REJEITADA – MÉRITO – ***DIVERGÊNCIA QUANTO À BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS – BENS IMÓVEIS – APLICAÇÃO DO ARTIGO 18 DO CTN – VALOR VENAL – AVALIAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL PRÓXIMA AO VALOR DE MERCADO – BASE DE CÁLCULO CORRETA A CONSIDERAR*** *– RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, CONTRA O PARECER. 01. Não há falar em carência de ação por falta de interesse de agir se a ação interposta pela autora é adequada, necessária e útil ao provimento jurisdicional pretendido. 02. A base de cálculo do Imposto de Transmissão causa mortis no presente caso envolve o valor dos imóveis deixados pelo de cujus. Segundo o art. 38 do CTN, 'a base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos'. 03. A avaliação confeccionada pela Secretaria Estadual de Fazenda, tendo por base o valor do metro quadrado, de acordo com a avaliação da Câmara de Valores Imobiliários (CVI), sendo aquele que mais se aproxima do valor de mercado dos imóveis e que deve, portanto, ser considerada. 04. Recurso conhecido e provido, contra o parecer."* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1404068-42.2016.8.12.0000, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 19/07/2016, p: 21/07/2016). (G.n.)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ITCD – DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA – IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS – BASE DE CÁLCULO – BENS IMÓVEIS – APLICAÇÃO DO ART. 38 DO CTN – VALOR VENAL – AVALIAÇÃO DO ESTADO QUE SE APROXIMA AO VALOR DE MERCADO DO BEM – RECURSO DAS AUTORAS CONHECIDO E IMPROVIDO. I - O Juiz é o destinatário da prova e a ele incumbe decidir sobre a necessidade ou não de sua produção. Assim sendo, convencendo-se o Magistrado da necessidade de produção de prova pericial, tem ele livre arbítrio para determinar a realização da prova que entende imprescindível para a formação do seu convencimento, conforme dispõe o artigo 130 do CPC. II- ***O recolhimento do ITCD - Imposto sobre Transmissão de Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos, possui como base de cálculo o valor estabelecido e previsto pela Fazenda Pública e não o valor que a parte entende devido.*** *Inteligência do art. 127 do Código Tributário do Estado de Mato Grosso do Sul."* (TJMS. Apelação Cível n. 0800001-96.2012.8.12.0041, Ribas do Rio Pardo, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 08/10/2013, p: 04/12/2013). (G.n.)

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS – BASE DE CÁLCULO – BENS IMÓVEIS – APLICAÇÃO DO ART. 38 DO CTN – VALOR VENAL – AVALIAÇÃO DO ESTADO – PRÓXIMO AO VALOR DE MERCADO – AVALIAÇÃO DA PREFEITURA PARA FINS DE IPTU – VALOR MÍNIMO – AVALIAÇÃO JUDICIAL – DESAUTORIZADA – INVENTÁRIO EXTRAJUDICIAL – VIA INADEQUADA – AFASTADA – NAAUSÊNCIA DE CONSENSO DAS PARTES – CABIMENTO DE MEDIDA JUDICIAL DE PRODUÇÃO DE PROVAS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. A base de cálculo do Imposto de Transmissão causa mortis no presente caso envolve o valor dos imóveis deixados pelo de cujus. Segundo o art. 38 do CTN, 'a base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos'. 2. Segundo Hugo de Brito Machado: 'Valor venal é aquele que o bem alcançaria se fosse posto à venda, em condições normais. Em princípio, é o preço praticado na compra e venda. Preço, neste caso, praticado na venda à vista, vale dizer, sem incluir qualquer encargo relativo a financiamento'. 3. ***A avaliação confeccionada pela Secretaria de Fazenda do MS, tendo por base o valor do metro quadrado, de acordo com a avaliação da Câmara de Valores Imobiliários (CVI) e a área construída de acordo com o valor do CUB, divulgado pelo Sinduscon/MS, é a que mais se aproxima do valor de mercado dos imóveis. Enquanto a avaliação realizada pela Prefeitura Municipal, para fins de cálculo do IPTU é considerada o valor mínimo para efeito de cálculo do ITCMD.*** *4. Afasta-se a alegação de inadequação da via, em virtude de necessidade de avaliação judicial, posto que a medida é desautorizada in casu, tendo em vista a inovação trazida pela Lei n. 11.441/2007, com a criação do inventário extrajudicial, visando precipuamente racionalizar procedimentos e simplificar a vida dos cidadãos, bem como desafogar o Poder Judiciário, possibilitando a realização de inventário e partilha amigável por escritura pública, quando todos os interessados forem capazes e não houver testamento. Porém, é de se ressaltar que, ante a nova realidade do inventário extrajudicial, não havendo consenso entre as partes envolvidas, acerca da base de cálculo do ITCMD, é cabível medida judicial visando a produção de provas."* (TJMS. AC 2011.013688-0. Quinta Câmara Cível. Des. Rel Sideni Soncini Pimentel. J em 04.08.2011). (G.n.)

Diante disso, não se vislumbra qualquer ilegalidade no ato praticado pela autoridade coatora, pois, de acordo com a legislação estadual, federal e constitucional, cabe ao Estado de Mato Grosso do Sul, na apuração da base de cálculo do ITCD, realizar avaliação administrativa com base no valor médio de mercado, não havendo qualquer imposição legal no sentido de que deve ser observado o valor venal praticado pelos Municípios no cálculo do IPTU.

Ademais, não é possível na via mandamental verificar a correção dos valores atribuídos pelo Fisco, ante a necessidade de dilação probatória.

Conclusão

Ante o exposto, e de acordo com o parecer, voto por se negar provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

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, 26 de maio de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Julizar Barbosa Trindade
Apelação Cível nº 0844348-04.2016.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO INDENIZATÓRIA – MORTE POR AFOGAMENTO NO LAGO DO HOTEL – EQUIPAMENTOS AQUÁTICOS COLOCADOS À DISPOSIÇÃO DOS HÓSPEDES SEM CONDIÇÕES APTAS DE USO – AUSÊNCIA DE MEDIDAS PROTETIVAS DE SEGURANÇA – INDENIZAÇÃO DEVIDA – APURAÇÃO DE CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA – FALTA DO MÍNIMO DE HABILIDADES TÉCNICAS PARA NADO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO REDUZIDO – RECURSO DOS AUTORES NÃO PROVIDO E DO HOTEL PARCIALMENTE PROVIDO.

Enseja a conduta culposa do estabelecimento hoteleiro a violação do dever de cuidados ao deixar à disposição caiaques inaptos para uso sem adoção de medidas protetivas e de segurança contra acidentes, sem fornecer coletes salva-vidas e sem fiscalização de seus funcionários.

Configura culpa concorrente da vítima a utilização de instrumento de recreação aquática sem ter qualidades técnicas para tanto, em um lago desconhecido e especialmente sem saber nadar.

Os juros de mora fluem a partir do evento danoso na responsabilidade civil extracontratual (Súmula 54 do STJ).

Havendo alteração do valor da indenização por danos morais para reduzi-lo, de acordo com as particularidades da hipótese, incide a correção monetária a partir do novo arbitramento, nos termos da Súmula 362/STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, deram parcial provimento ao apelo de Eco Hotel do Lago LTDA - Epp e negarem provimento ao recurso de Anézio Fiaz Verimieiro e outro, nos termos do voto do Relator. (Sust. Oral: Dr. Matheus Camy Duarte).

Campo Grande, 9 de junho de 2020.

Des. Julizar Barbosa Trindade - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade.

Eco Hotel do Lago LTDA. Epp, Anézio Fiaz Verimieiro e Abegail Lobato Simmer Vermieiro interpõem apelações contra sentença que, na ação indenizatória movida pelos segundos em face da primeira: i) julgou parcialmente procedentes os pedidos para condená-la ao pagamento de indenização por danos morais no valor total de R$ 264.000,00 (duzentos e sessenta e quatro mil reais), corrigido pelo IGPM/FGV a partir do arbitramento e juros de mora de 1% ao mês desde o evento danoso (07/11/16); ii) julgou improcedente o pleito indenizatório de pensionamento vitalício.

Sucumbência recíproca em 50% para cada, com honorários em 10% sobre a condenação, suspensa a exigibilidade em relação aos autores em razão da gratuidade judiciária.

Eco Hotel do Lago LTDA. EPP defende a culpa exclusiva da vítima no afogamento diante da conduta negligente de adentrar no lago sem saber nadar. O furo no caiaque não foi o fator determinante do evento morte, sendo mais provável que o casco da embarcação só começou a se encher após ser invertido pelo tombo da vítima, que não tinha aptidão para o uso. O laudo pericial foi conclusivo no sentido de que Jonas não caiu na água por causa de eventual dano no caiaque, pois o furo se encontrava na parte superior do equipamento, mais precisamente na parte do assento.

Ressalta que não pode subsistir a afirmação de que o caiaque só poderia sustentar-se por oito minutos sem afundar, pois a testemunha Juliana declarou que o utilizou *"por meia hora, no máximo quarenta minutos"* e *"não aconteceu nada, tudo em ordem"*. Disse, ainda, que o caiaque ocupado pela vítima não chegou a afundar e *"que eu olhei pra trás, ele já estava na água e o caiaque do lado, e ele se debatendo"*. Não houve grito ou qualquer pedido de socorro.

O Delegado responsável pela condução do caso consignou em seu relatório de f. 195 a 199 que *"O fato do exame pericial constatar que o caiaque utilizado pela vítima não tinha capacidade de flutuação (f. 51), não serve, por si só, para firmar convicção de que foi tal fato, isoladamente, que provocou a morte da vítima, pois como restou demonstrado nas investigações, a mesma não tinha habilidade técnica para lidar com o meio líquido e ainda o fez sem autorização da gerência (...)."*

Conforme destacado na Delegacia pelas testemunhas Maria Amélia de Almeida e Mauro Vinícius Torres, a vítima escolheu fazer o uso do caiaque sob forte chuva e, ainda, optou por não portar pelo menos uma das boias de flutuação que se encontravam ao redor do lago. Ademais, a contratação de guarda-vidas para cuidar das dependências do lago foi dispensada pelo Corpo de Bombeiros Militar no atendimento técnico FAT 680/DAT/201519. Beira o absurdo, portanto, exigir que o Hotel apelante providenciasse a vigília permanente do referido lago enquanto acomodava hóspedes de um evento puramente teórico e que acontecia apenas nos espaços internos do local.

Defende contradição entre os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo, Juliana e Leciane, bem como da versão por elas apresentadas na fase policial e que mostra-se temoroso que se considere a fantasiosa autorização para o uso dos caiaques pela administração do hotel.

Ressalta que as conclusões do inquérito policial de f. 195-199, o parecer do Ministério Público Estadual de f. 200-201 e a decisão judicial de f. 202-205, em que todos declaram a inexistência de atos ilícitos praticados pelo Hotel e/ou seus prepostos que pudessem ter levado ao evento danoso, além de reconhecer que o acidente só ocorreu em razão da inabilidade do Sr. Jonas em nadar, cujas considerações foram totalmente ignoradas pelo Juiz de 1º Grau.

Caso mantida a condenação, requer a aplicação da culpa concorrente e redução do seu valor, com incidência de correção monetária e juros de mora desde o arbitramento.

Anézio Fiaz Verimieiro e Abegail Lobato Simmer Vermieiro defendem que o apelado é o total responsável pela morte de seu filho, que jamais entraria na água se tivesse a certeza que o caiaque estava danificado.

Pleiteiam o afastamento da culpa concorrente, pois o simples fato de não saber nadar não se compara aos atos ilícitos cometidos pelo hotel que permitiu a entrada da vítima no lago, especialmente porque *"nenhuma escola de natação ou curso de nado, seja qual for a instituição garante em seu certificado que o aprovado nunca morrerá afogado."*

Por fim, requerem a majoração do *quantum* indenizatório.

Contrarrazões às f. 317-32 e 333-42.

O apelante Eco Hotel do Lago manifesta oposição ao julgamento virtual (f. 349).

VOTO

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (Relator)

Trata-se de apelações interpostas por Eco Hotel do Lago LTDA. Epp, Anézio Fiaz Verimieiro e Abegail Lobato Simmer Vermieiro contra sentença que, na ação indenizatória movida pelos segundos em face da primeira: i) julgou parcialmente procedentes os pedidos para condená-la ao pagamento de indenização por danos morais no valor total de R$ 264.000,00 (duzentos e sessenta e quatro mil reais), corrigido pelo IGPM/FGV a partir do arbitramento e juros de mora de 1% ao mês desde o evento danoso (07/11/16); ii) improcedente o pleito indenizatório de pensionamento vitalício.

Sucumbência recíproca em 50% para cada, com honorários em 10% sobre a condenação, suspensa a exigibilidade em relação aos autores em razão da gratuidade judiciária.

Contrarrazões às f. 317-32 e 333-42.

O apelante Eco Hotel do Lago manifesta oposição ao julgamento virtual (f. 349).

Juízo de admissibilidade

Os recursos são tempestivos (art. 1.003, § 5º c/c 219, *caput,* do CPC) e estão em consonância com o artigo 1.010, incisos I a IV, do mesmo diploma. Os autores são beneficiários da justiça gratuita e a empresa requerida efetuou o preparo.

Da responsabilidade civil

Anézio Fiaz Vermieiro e Abegail Lobato Simmer Vermieiro ajuizaram a presente ação em face de Eco Hotel do Lago LTDA. a fim de pleitear indenização por danos morais e materias pelo falecimento de seu filho, Jonas Lobato Vermieiro, no dia 07/11/2016 em decorrência de afogamento quando andava de caiaque no lago que fica nas dependências do hotel.

Analisando detidamente os autos, tem-se que a sentença deve ser mantida em relação à atribuição da culpa, merecendo reparos apenas quanto ao montante indenizatório.

Para caracterizar o dever de indenizar é necessária a presença dos requisitos exigidos para a responsabilidade civil, nos termos previstos no 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. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.*
>
> *Art. 927 - Aquele que, por ato ilícito (art.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."*

Assim, para que a responsabilidade fique caracterizada, bem como a obrigação de indenizar, devem ser observados como pressupostos básicos três elementos fundamentais, quais sejam, o dano, o nexo causal e a culpa ou dolo.

A vítima Jonas, solteiro, de 27 anos de idade na época, professor de matemática na Secretaria de Educação do Estado de Mato Grosso do Sul, estava hospedado no hotel para participar de um congresso sobre educação especial.

Após o encerramento das atividades do dia, por volta das 17 horas, as testemunhas Juliana Haselhorst e Leciani Batista alegam que pediram autorização ao funcionário Mauro para utilizarem os caiaques e prancha

de *stand up* que se encontravam nas margens do lago, o qual não apenas aquiesceu ao pedido, mas também disse que os remos estavam na sala reservada atrás do bar da piscina.

Jonas estava do lado de fora do quarto observando as colegas. Leciane chamou-o para tirar foto delas e, logo após, ele pediu o caiaque de Juliana para dar uma volta no lago. Partiram Jonas (caiaque 1) e Luciana (*stand up*). Leciane apanhou o que estava na margem (caiaque 2), mas não conseguiu prosseguir no passeio pois logo percebeu que o estava furado e começou a afundar. Desistiu de acompanhá-los e foi para a piscina.

Pela versão de Juliana, navegaram por uns vinte minutos e quando observaram que estavam longe da margem, decidiram retornar. Ela foi à frente com a prancha, seguida por Jonas. Quando olhou para trás, viu que o colega tinha caído do equipamento e estava se afogando. Tentou salvá-lo correndo pela borda, pegou uma boia salva-vidas que estava na margem e entrou nadando. Mas, infelizmente, não avistou mais a vítima. A água estava turva, pois tinha chovido muito no dia.

Eis o resumo dos fatos.

Inicialmente, deve ser observado que a segurança hoteleira deve ser ampla, voltada para a área externa e interna. Por oferecer espaços multifuncionais, voltados para eventos empresariais e acontecimentos sociais, os riscos tornam-se maiores e mais diversificados, trazendo consigo a obrigação de uma especial preocupação com a segurança.

O complexo é para realização de eventos e não é considerado um local de concentração pública, sendo isento de proteção por guarda-vidas na área da piscina (f. 142 – resposta ao formulário de atendimento técnico FAT nº 680/DAT/2015 do Corpo de Bombeiros Militar). Todavia, ainda que o lago não fosse para utilização dos hóspedes, restou comprovado que inexistia placa de proibição e os caiaques estavam dispostos às suas margens.

A autorização para uso atribuída ao funcionário Mauro Vinícius foi por ele negada. Em seu depoimento em juízo, disse que poderia utilizar os caiaques se estivesse incluso no pacote, mediante apresentação de identidade. Logo após, disse que os equipamentos eram apenas para tirar fotos. Embora confuso o depoimento, não restou comprovado o impedimento para uso do lago ou dos equipamentos que estavam à disposição em suas margens.

Ademais, não havia placas, segurança, cerca ou qualquer indicativo de proibição de uso. O local e a maneira como dispostos, dava a entender que os caiaques poderiam ser usados e, sendo assim, deveriam estar aptos para o fim a que se destinavam.

Nesse ponto reside a conduta culposa do estabelecimento em não dispor de medidas preventivas contra acidentes. Ao contrário, deixou à disposição os caiaques inaptos para uso.

Sobre essa questão, o laudo pericial atestou:

> *"Observou-se que, quando da embarcação de um ser humano de porte físico mediano no caiaque, o mesmo sofria um rebaixamento do conjunto casco/assento, de modo que a água entrava pelos orifícios ou dutos de drenagem existentes na porção mediana do caiaque e escoava para dentro do caiaque através da rachadura existente no assento.*
>
> *(...)*
>
> *Do início da embarcação de uma pessoa no caiaque, contou-se um lapco temporal de aproximadamente 8 minutos para que o caiaque fosse completamente enchido por água, fazendo com o que o mesmo perdesse totalmente a estabilidade superficial e viesse a permanecer submersa a alguns centímetros abaixo da superfície da água, sem condições de manter uma pessoa flutuando.*
>
> *Conclusão*
>
> *Ante o exposto, aponta o perito relator que os objetos analisados apresentavam avarias em suas estruturas.*

Os testes realizados no caiaque demonstram que o mesmo se encontra inapto ao fim a que se destinava, ou seja, não possuía capacidade de flutuação quando da embarcação de um ser humano, os testes demonstraram que o peso de um ser humano de porte físico mediano embarcado promove o rebaixamento do casco e do assento, fazendo com que a água entre pelos dutos ou orifícios de drenagem e escoem para dentro da estrutura do caiaque através da rachadura existente no assento, fazendo com que o caiaque fosse lentamente sendo preenchido por água e ficando cada vez mais pesado, perdendo por completo sua estabilidade sua capacidade de manter uma pessoa em condições seguras de flutuação." (f. 147-60)

O fato de o caiaque 1 ter flutuado por tempo maior do que o atestado no laudo deve-se ao fato de que tanto a testemunha Juliana quando a vítima Jonas são pessoas leves e de pequeno porte. E, por estar danificado, a água entrou pelos dutos de drenagem e escoou para o interior através da rachadura, deixando-o alagado e sem estabilidade. A falta de habilidade técnica da vítima fez com que o mesmo tombasse, vindo a cair no lago.

As conclusões do inquérito policial de f. 195-199, o parecer do Ministério Público Estadual de f. 200-201 e a decisão judicial de f. 202-205 foram no sentido de afastar qualquer conduta típica a ensejar a propositura da ação penal, nada declarando acerca da responsabilidade civil do hotel pelos fatos corridos, o que, por óbvio, não era da competência daqueles órgãos públicos.

É induvidoso que o hotel deve ser responsabilizado civilmente pela morte do filho dos autores, haja vista a conduta culposa em violar o dever de cuidados para com seus hóspedes, deixar à disposição caiaques inaptos para uso sem adoção de medidas protetivas e de segurança contra acidentes, sem fornecer coletes salva-vidas e sem fiscalização de seus funcionários.

Reconhece-se, entretanto, a culpa concorrente, porquanto é possível concluir que a vítima aventurou-se em, ao entardecer e após um dia de forte chuva, utilizar instrumento de recreação aquática sem ter qualidades técnicas para tanto, em um lago desconhecido e especialmente sem saber nadar.

Nesse sentido, as testemunhas foram unânimes em afirmar que Jonas era desprovido de qualquer habilidade aquática.

Assim, embora estabelecida a responsabilidade civil do hotel pelos fatos ocorridos, a vítima concorreu em considerável parte para a ocorrência do evento morte e seus atos devem ser levados em consideração quando da fixação do montante indenizatório.

Do *quantum* indenizatório

A morte de um filho enseja a condenação por danos morais que prescindem de comprovação. Na falta de critério objetivo ou legal, a indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não justificando que venha a se constituir em meio de enriquecimento sem causa para o ofendido, com manifestos abusos e exageros, devendo operar-se com moderação e proporcionalidade ao grau de culpa, à extensão do dano e às condições sociais dos envolvidos.

O autor tinha 27 anos de idade, era professor da rede estadual de ensino e recebia mensalmente um salário líquido de R$ 3.978,22 (f. 37). Não residia mais com os pais e ainda não havia formado família e não tinha filhos. Seu genitor é aposentado e sua mãe é do lar, ambos beneficiários da justiça gratuita.

Levando-se em conta, ainda, a culpa concorrente da vítima para o evento morte, a fixação no importe de R$ 100.000,00 (cem mil reais), sendo cinquenta mil para cada genitor, revela-se mais é justa e razoável para a composição dos danos sofridos e que não gera enriquecimento ilícito a quem recebe, constituindo, ainda, sanção apta a coibir a ocorrência de novas falhas como o que ocorreu.

Os juros de mora fluem a partir do evento danoso na responsabilidade civil extracontratual (Súmula 54 do STJ), como é o caso dos autos. Havendo redução do *quantum* indenizatório, incide a correção monetária a partir do novo arbitramento, nos termos da Súmula 362/STJ.

Confira-se:

> *"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – DEFEITO NO ATENDIMENTO HOSPITALAR – MENOR – DANOS MORAIS – NOVO ARBITRAMENTO – RAZOABILIDADE – CORREÇÃO MONETÁRIA – TERMO INICIAL – NOVO ARBITRAMENTO – DECISÃO MANTIDA.*
>
> *1. O entendimento desta Corte é de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais somente pode ser revisto nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade.*
>
> *2. No caso dos autos, o acórdão recorrido consignou que, apesar de não ter sido disponibilizado médico especialista pela recorrente para atender o paciente menor que havia engolido uma moeda, o que ensejou demora na efetiva retirada do objeto que obstruía a respiração da criança, o procedimento foi realizado sem que houvesse sequela para o menor.*
>
> *3. Diante das peculiaridades do caso concreto, a redução da indenização a título de reparação moral de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para R$ 20.000,00 (vinte mil reais) atende aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de evitar o indesejado enriquecimento de uma parte, sem, contudo, ignorar o caráter preventivo e reparador inerente ao instituto da responsabilidade civil, não havendo que se falar em nova majoração em sede de agravo interno.*
>
> *4.* ***Havendo alteração do valor da indenização por danos morais para reduzi-lo, de acordo com as particularidades da hipótese, incide a correção monetária a partir do novo arbitramento, nos termos da Súmula 362/STJ.***
>
> *5. Agravo interno a que se nega provimento."* (AgInt no REsp 1300149/SC, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017). (G.n.)

Conclusão

Diante do exposto, voto por se negar provimento ao apelo de Anézio Fiaz Verimieiro e Abegail Lobato Simmer Vermieiro e por se dar parcial provimento ao recurso de Eco Hotel do Lago LTDA. EPP para reduzir a indenização total para R$ 100.000,00 (cem mil reais), sendo cinquenta mil para cada autor, com juros de mora de 1% desde o evento danoso (Súmula 54 do STJ) e corrigidos pelo IGPM-FGV a partir desde data.

Diante do improvimento do recurso dos autores, os honorários sucumbenciais por eles devidos, incluindo os recursais, ficam majorados para 7% sobre a condenação, ressalvado o disposto no artigo 98, § 3º, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao apelo de Eco Hotel do Lago LTDA - EPP e negarem provimento ao recurso de Anézio Fiaz Verimieiro e outro, nos termos do voto do relator. (sust. Oral: Dr. Matheus Camy Duarte).

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

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, 9 de junho de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
Apelação Cível nº 0807548-06.2018.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE CIVIL – PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA – INCLUSÃO DO PATRONÍMICO PATERNO – POSSIBILIDADE – FLEXIBILIZAÇÃO DA IMUTABILIDADE DO REGISTRO PÚBLICO – ARTS. 57 E 109 DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS (LEI Nº 6.015/73) – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

O princípio da imutabilidade do nome não é absoluto, admitindo, dentre as hipóteses, a alteração do nome civil para a inclusão de sobrenome materno ou paterno, nos termos dos arts. 57 e 109, da Lei de Registros Públicos - Lei nº 6.015/73.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 31 de março de 2020.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Ministério Público Estadual apela da sentença do juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande que, na ação de retificação de registro civil ajuizada por Maria Arminda Cândido, julgou procedente a pretensão da autora para determinar a inclusão do patronímico "Trindade", passando a se chamar "Maria Arminda Cândido Trindade".

O apelante, em suas razões (f. 100-107), alega que a ausência de elementos probatórios não permite que seja o pedido julgado procedente, sobretudo diante da inexistência de erro ou equívoco na certidão de nascimento da autora.

Defende que de acordo com o princípio da imutabilidade do registro, a indicação de erros deve vir lastreada de elementos probatórios contundentes a evidenciar que o assento não exprimiu a verdade, fato que não ocorreu no caso dos autos.

Requer provimento do recurso para que seja julgada improcedente a pretensão da autora.

Contrarrazões às f. 110-115.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Juízo de admissibilidade

O recurso é tempestivo e o apelante é isento do recolhimento do preparo.

Desta forma, presentes os requisitos de admissibilidade, recebo a apelação no efeito devolutivo, já que se trata de sentença que confirma tutela provisória.

Mérito

A autora ajuizou o presente procedimento com a pretensão de ver incluído o patronímico "Trindade" como referência paterna, para que seu nome passe constar como Maria Arminda Cândido Trindade.

Informou na inicial que todos os seus irmãos possuem o referido sobrenome.

Alegou que tem como genitores João Candido Trindade e Cristina Areco Trindade e, no momento de seu registro de nascimento seu genitor tinha uma carteira de identidade militar apenas com o nome "João Candido", razão pela qual não foi colocado o patronímico "Trindade" como sobrenome na autora.

Pois bem. O ordenamento jurídico tem por regra o princípio da imutabilidade do nome, notadamente o de família, por ser meio de individualização da pessoa.

Contudo, a própria Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73) acaba por relativizar a regra da imutabilidade do nome ao admitir sua alteração, conforme se extrai dos seus artigos 57 e 109.Veja-se:

> *"Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.*
>
> *Art. 109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório."*

Portanto, em caráter excepcional, quando houver motivo justo e não houver impedimento, é possível a retificação do assentamento no registro civil.

No caso, ficou comprovado as alegações da autora através dos documentos juntados com a inicial, ou seja, que houve a supressão do sobrenome da família paterna da autora: "Trindade", não havendo motivo para indeferir seu pedido de retificação do seu nome para a inclusão do sobrenome.

O nome de família tem o objetivo de identificar a filiação e a estirpe da pessoa, o que justifica a inclusão do sobrenome do pai, ainda que prescindível.

O pedido não acarretará qualquer prejuízo a terceiros, pois preserva os demais apelidos de família e as certidões negativas expedidas pelo Poder Judiciário e pela Receita Federal atestaram nada constar contra o nome de "Maria Arminda Cândido", tanto na esfera cível como na criminal (f. 37-52).

Esta Câmara, em caso semelhante, assim decidiu:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – NASCIMENTO, ÓBITO E CASAMENTO –* ***INCLUSÃO DO PATRONÍMICO DA FAMÍLIA – POSSIBILIDADE – INTELIGÊNCIA DO ART. 57 DA LRP E DO ART. 1.565, § 1º, CC*** *– RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. A Lei de Registros Públicos admite a alteração*

posterior de nome, por exceção e motivadamente, através de sentença judicial e oitiva do Ministério Público. O patronímico indica o tronco familiar do indivíduo, sendo importante para a continuidade do nome da família. Necessidade de se manter a identificação do indivíduo no contexto social, preservando a linhagem familiar que está relacionada com a ascendência e ligada ao estudo genealógico. Não há nos autos motivo capaz de inviabilizar o acolhimento dos pedidos, ante a ausência da prova da existência de qualquer processo judicial em face dos mesmos ou outro fundamento que impeça a modificação." (TJMS. Apelação Cível n. 0800670-47.2015.8.12.0041, Ribas do Rio Pardo, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 02/10/2019, p: 04/10/2019). (G.n.)

Posto isso, com o parecer, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 31 de março de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
Apelação Cível nº 0840866-14.2017.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – ACESSO À INFORMAÇÃO DE INTERESSE COLETIVO – PEDIDO FORMULADO PELO VEREADOR AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – DIREITO LÍQUIDO E CERTO ÀS INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS SOBRE A GESTÃO MUNICIPAL – GARANTIA CONSTITUCIONAL CONFERIDA A TODO E QUALQUER CIDADÃO, AINDA QUE FORMULADO EM NOME PRÓPRIO DO PARLAMENTAR – ART. 5º, XXXIII DA CF – RECURSO PROVIDO.

A Constituição Federal estabelece que *"todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII)."*

Questão idêntica à debatida no presente *mandamus* - direito do vereador, enquanto parlamentar e cidadão, de obter diretamente do chefe do Poder Executivo informações e documentos sobre a gestão municipal - já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal através do RE 865.401/MG, de repercussão geral (tema 832), sendo na ocasião fixada a tese de que *"o parlamentar, na condição de cidadão, pode exercer plenamente seu direito fundamental de acesso a informações de interesse pessoal ou coletivo, nos termos do art. 5º, inciso XXXIII, da CF e das normas de regência desse direito"*. Direito líquido e certo demonstrado. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 19 de maio de 2020.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Vinicíus de Siqueira apela da sentença proferida no mandado se segurança impetrado contra Prefeito Municipal de Campo Grande, com trâmite na 2ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos desta capital.

A impetração se sustenta na omissão de dados públicos necessários ao exercício da função legiferante do impetrante. Requereu o impetrante, em sua petição inicial, a concessão da segurança para determinar à autoridade coatora o fornecimento dos seguintes documentos: a) lista de comissionados da Secretaria Municipal de Assistência Social - SAS, contendo o valor da remuneração percebida e lista de ponto, desde o início do ano de 2017, b) lista de comissionados da Agência Municipal de Tecnologia da Informação e Inovação - AGETEC, contendo o valor da remuneração percebida e lista de ponto, desde o início do ano de 2017, e c) todos os documentos relativos aos gastos e contratação pactuada entre a administração pública e companhias de ônibus.

A ordem foi denegada, por entender o julgador *a quo* que a competência para requerer informações ao prefeito sobre assuntos referentes à administração é exclusiva da câmara municipal, nos termos do art. 23, XXXI da lei orgânica do Município de Campo Grande. Ao impetrante, vereador do município, cabe dirigir-se às repartições públicas municipais para obter quaisquer informações de natureza administrativa para fiscalizar e controlar os atos do poder executivo, conforme estabelece o art. 26, § 2º da LOM.

Em suas razões (f. 159-172), explica o apelante que o mandado de segurança se fundamenta na omissão do apelado em dar publicidade aos cidadãos sobre as atividades da administração pública, o que fere o art. 37 da CF e o art. 6º, I da Lei nº 12.527/11. Logo, ainda que o art. 23, XXI da lei orgânica do Município de Campo Grande estabeleça a competência exclusiva da câmara municipal de requerer informações ao prefeito sobre assuntos referentes à administração, o acesso às informações solicitadas pelo apelante é direito de todo cidadão campo-grandense, incluído o apelante.

Requer provimento do recurso, para seja julgada procedente a pretensão formulada na petição inicial.

Contrarrazões às f. 180-186.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 196-201), pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Vinicíus de Siqueira apela da sentença proferida no mandado se segurança impetrado contra o Prefeito de Campo Grande, com trâmite na 2ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos desta capital.

A impetração de sustenta na omissão de dados públicos necessários ao exercício da função legiferante do impetrante. Requereu o impetrante, em sua inicial, a concessão da segurança para determinar à autoridade coatora o fornecimento dos seguintes documentos: a) lista de comissionados da Secretaria Municipal de Assistência Social - SAS, contendo o valor da remuneração percebida e lista de ponto, desde o início do ano de 2017; b) lista de comissionados da Agência Municipal de Tecnologia da Informação e Inovação - AGETEC, contendo o valor da remuneração percebida e lista de ponto, desde o início do ano de 2017; e c) todos os documentos relativos aos gastos e contratação pactuada entre a administração pública e companhias de ônibus.

A ordem foi denegada, por entender o juízo singular que a competência para requerer informações ao prefeito sobre assuntos referentes à administração é exclusiva da câmara municipal, nos termos do art. 23, XXXI da lei orgânica do Município de Campo Grande. Ao impetrante, vereador do município, cabe dirigir-se às repartições públicas municipais para obter quaisquer informações de natureza administrativa para fiscalizar e controlar os atos do poder executivo, conforme estabelece o art. 26, § 2º, LOM.

Em suas razões (f. 159-172), explica o apelante que o mandado de segurança se fundamenta na omissão do apelado em dar publicidade aos cidadãos sobre as atividades da administração pública, o que fere o art. 37 da CF e o art. 6º, I da Lei nº 12.527/11. Logo, ainda que o art. 23, XXI da lei orgânica do Município de Campo Grande estabeleça a competência exclusiva da câmara municipal de requerer informações ao prefeito sobre assuntos referentes à administração, o acesso às informações solicitadas pelo apelante é direito de todo cidadão campo-grandense, incluído o apelante.

Requer provimento do recurso, para seja concedida a ordem, nos termos dos pedidos formulados inicial.

Contrarrazões às f. 180-186.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 196-201), pelo provimento do recurso.

Admissibilidade.

O recurso é tempestivo e instruído com o comprovante de recolhimento do preparo (f. 173-176).

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

Mérito

Nos termos do inciso LXIX do artigo 5º 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."*

No mesmo sentido o artigo 1º da Lei nº 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências, assim redigido:

> *"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."*

Sobre a referida ação constitucional, José da Silva Pacheco[1] leciona:

> *"(...) ele será emitido para proteger direito líquido e certo. Se não houver tal direito a ser protegido ou segurado, não tem razão para o mandado e, desse modo, não deve ele ser outorgado. A proteção de direito líquido e certo se constitui, pois, em: a) finalidade do mandado de segurança e b) razão de ser o mesmo pleiteado e concedido. Daí desdobrar-se nos aspectos: a) de fundamento ou requisito básico para o exercício da ação do mandado de segurança e b) de fundamento da sentença mandamental de segurança.*
>
> *Tanto num como noutro aspecto, tem-se de anotar o que vem a ser direito líquido e certo, sem o qual não se poderia impetrar e conceder mandado de segurança. Significa que não basta que o direito possa vir a ser demonstrado, mas é preciso que seja, desde logo, inequivocamente existente e definido em seu conteúdo, independentemente de comprovação posterior (...)."*

O núcleo do debate instaurado neste mandado de segurança se circunscreve a aferição da omissão de informação e documentos sobre a gestão municipal solicitados pelo impetrante, vereador de Campo Grande, ao prefeito deste município, sendo eles as listagens dos servidores comissionados da secretaria municipal de assistência social – SAS e da agência municipal de tecnologia da informação e inovação - AGETEC, com o valor da remuneração percebida e registro de ponto, desde o início do ano de 2017 e a documentação relativa aos gastos e contratação pactuada entre a administração pública e companhias de ônibus.

Segundo a autoridade impetrada, não se cogita de violação a direito líquido e certo quando todo acesso à remuneração dos servidores municipais está assegurado a todo cidadão através do acesso ao portal da transparência. Ademais, por ser as demais informações de dados inerentes aos atos de gestão, a divulgação deve se submeter ao rito da lei orgânica municipal, sendo, portanto, prerrogativa da câmara municipal a requisição das informações pertinentes à atividade legislativa e fiscalizatória.

Sem razão.

Sabe-se que a Constituição Federal estabelece que *"todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII)."*

1 **Mandado de segurança e outras ações constitucionais**. 6. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 94.

Questão idêntica à debatida no presente *mandamus* - direito do de vereador, enquanto parlamentar e cidadão, a obter diretamente do chefe do Poder Executivo informações e documentos sobre a gestão municipal - já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal através do RE 865.401/MG, de repercussão geral (tema 832), sendo na ocasião fixada a tese de que *"o parlamentar, na condição de cidadão, pode exercer plenamente seu direito fundamental de acesso a informações de interesse pessoal ou coletivo, nos termos do art. 5º, inciso XXXIII, da CF e das normas de regência desse direito."*

Confira-se a ementa na íntegra:

> *"EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL – DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO DE INTERESSE COLETIVO OU GERAL – RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE SE FUNDA NA VIOLAÇÃO DO ART. 5º, INCISO XXXIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – PEDIDO DE VEREADOR, COMO PARLAMENTAR E CIDADÃO, FORMULADO DIRETAMENTE AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO SOLICITANDO INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS SOBRE A GESTÃO MUNICIPAL – PLEITO INDEFERIDO – INVOCAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO, DO DEVER DO PODER PÚBLICO DE TRANSPARÊNCIA E DOS PRINCÍPIOS REPUBLICANO E DA PUBLICIDADE – TESE DA MUNICIPALIDADE FUNDADA NA SEPARAÇÃO DOS PODERES E NA DIFERENÇA ENTRE PRERROGATIVAS DA CASA LEGISLATIVA E DOS PARLAMENTARES – REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. O tribunal de origem acolheu a tese de que o pedido do vereador para que informações e documentos fossem requisitados pela Casa Legislativa foi, de fato, analisado e negado por decisão do colegiado do parlamento. 2. O jogo político há de ser jogado coletivamente, devendo suas regras ser respeitadas, sob pena de se violar a institucionalidade das relações e o princípio previsto no art. 2º da Carta da República. Entretanto, o controle político não pode ser resultado apenas da decisão da maioria. 3. O parlamentar não se despe de sua condição de cidadão no exercício do direito de acesso a informações de interesse pessoal ou coletivo. Não há como se autorizar que seja o parlamentar transformado em cidadão de segunda categoria. 4. Distinguishing em relação ao caso julgado na ADI nº 3.046, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence. 5. Fixada a seguinte tese de repercussão geral: o parlamentar, na condição de cidadão, pode exercer plenamente seu direito fundamental de acesso a informações de interesse pessoal ou coletivo, nos termos do art. 5º, inciso XXXIII, da CF e das normas de regência desse direito. 6. Recurso extraordinário a que se dá provimento."* (STF, RE 865401, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 25/04/2018, DJe-223 Public 19-10-2018)

Conforme demonstra o excerto seguinte, inexiste *distinguishing* em relação ao caso ora julgado:

> *"(...) o fato de as casas legislativas, em determinadas situações, agirem de forma colegiada, por intermédio de seus órgãos, não afasta, tampouco restringe, os direitos inerentes ao parlamentar como indivíduo, membro do povo, da nação. (...)*
>
> *Não tendo sido atendida a pretensão de buscar informações de órgãos e de entes públicos pela via do parlamento, o legislador, na condição também de cidadão terá, a toda evidência, o direito fundamental de acesso à informação previsto nos arts. 5º, inciso XXXIII; 37, § 3º, inciso II; e 216, § 2º, da CF, com a aplicação das regras previstas na Lei de Acesso à Informação."*

Configurado, portanto, o direito líquido e certo do impetrante, infringido por ato omisso do impetrado, há de ser reformada a sentença.

Posto isso, com o parecer, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para conceder a ordem e determinar à autoridade coatora, no prazo de 15 dias, o fornecimento dos documentos solicitados pelo impetrante, a suas expensas, conforme descrito na inicial, ressalvados aqueles protegidos pelo sigilo, na forma da lei, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais), limitada inicialmente a 30 dias.

Sem custas. Sem honorários.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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 maio de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva
Agravo de Instrumento nº 1401475-98.2020.8.12.0000 – Dourados

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PUBLICAÇÃO DE FOTOS EM REDE SOCIAL – RELACIONAMENTO ANTERIORMENTE EXISTENTE – ROMPIMENTO – AFETAÇÃO ANÍMICA NO ATUAL RELACIONAMENTO – PROIBIÇÃO DE PUBLICAÇÃO DE FOTOS – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA INDEFERIDO – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA MEDIDA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Há de se indeferir a antecipação dos efeitos da tutela pretendida pelo recorrente quando os fatos narrados não indicam a presença dos requisitos cumulados exigidos no art. 300, CPC.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de maio de 2020.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

José Luiz Pereira Neto agrava visando reformar a decisão que indeferiu tutela de urgência, requerida na ação de obrigação de fazer c/c não fazer e indenização moral que ajuizou contra Bruna Louise Cenci, meio pelo qual pretende compelir a agravada a retirar da sua rede social*, instagram,* fotos em que o agravante aparece, sob pena de multa diária a ser arbitrada pelo juiz.

Alega equívoco da julgadora ao indeferir a medida porque, ainda que não haja proibição da postagem de fotos em sua rede social, não há como tolerar a atitude da agravada porque o faz com propósito de trazer abalo e desconforto a si e a sua atual companheira, a qual, inclusive, está em adiantado estado gravídico.

Salienta ser inaceitável a justificativa do juízo que o sentimento de sua companheira não passa de mera idiossincrasia vez que, devido a gravidez, tem os hormônios 'a flor da pele', com elevado *stress, "(...), com diversas mudanças de humor e comportamentos (...) (f. 6)."*

Menciona que a atitude da agravada caracteriza injúria, notadamente quando as publicações estão precedidas do termo 'meu par', em total *"desrespeito e falta de caráter combinado com a necessidade da retirada do ar de tamanha injúria"* a si e a sua companheira.

Refere-se a presença dos requisitos do art. 300 do CPC: (i) a probabilidade do direito pela divulgação de uma situação inexistente e em total violação a sua honra e dignidade; (ii) o risco da demora advém da conduta vexatória que vem sofrendo perante amigos e familiares na medida em que as fotos distorce a realidade, sua

atual namorada, além de *grávida de 8 meses, "vem sendo hostilizada pela Agravada, recebendo diversas ligações e mensagens (f. 9)."*

Requer recebimento do recurso e deferimento da antecipação de tutela recursal para o fim de impor à agravada a obrigação de fazer, qual seja, a retirada das fotos do agravante postadas em qualquer rede social da recorrida, com aplicação da multa diária de R$ 500,00/dia pelo crime de desobediência, além de determinar judicialmente o cancelamento de sua conta no aplicativo.

Minuta recursal acompanhada de documentos (f. 13-34).

Recurso recebido no efeito devolutivo (f. 38-39).

Decorrido prazo para oposição ao julgamento virtual.

Como a tentativa de intimação da agravada foi inexitosa, intimou-se o agravante para falar a respeito, prazo, todavia, decorrido *in albis.*

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

A decisão recorrida está assim fundamentada:

> *"Pois bem. Numa análise perfunctória dos autos, própria da espécie, não se vislumbra o requisito da probabilidade do direito do autor, haja vista que, em tese, a ré não está proibida de postar fotos em sua rede social do autor ou de qualquer pessoa que tenha mantido relacionamento amoroso.*
>
> *Da mesma forma, não se verifica a presença do requisito do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, na medida em que o 'sofrimento' da atual companheira do autor, denota mera idiossincrasia. Logo, não sendo evidente que a situação narrada nos autos fere direito do autor ou possa lhe ocasionar danos irreparáveis, ainda que admissível certo constrangimento, não existe motivo que justifique o deferimento da antecipação de tutela, sem que antes seja assegurado à ré o contraditório e a ampla defesa, mormente diante dos nefastos efeitos da retirada in limine de sua conta e/ou fotos da rede social.*
>
> *Ante o exposto, indefiro a tutela de urgência, em virtude da ausência de seus pressupostos."* (f. 32-33).

O art. 300, *caput*, do CPC estabelece que *"a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo."*

Veja-se a lição de Daniel Amorim Assumpção Neves[1] sobre a probabilidade do direito, imprescindível para a concessão de tutela provisória:

> *"(...) a concessão de tutela provisória é fundada em juízo de probabilidade, ou seja,* ***não há certeza da existência do direito da parte, mas uma aparência de que esse direito exista****. É consequência natural da cognição sumária realizada pelo juiz na concessão dessa espécie de tutela. Se ainda não teve acesso a todos os elementos de convicção,* ***sua decisão não será fundada na certeza, mas na mera aparência – ou probabilidade – de o direito existir****. (...)."*

Na espécie, assim como o juiz *a quo,* não me convenci da presença cumulativa dos requisitos exigidos na legislação para se deferir a tutela antecipada, mesmo porque, segundo relato do agravante, o suposto abalo emocional é da sua companheira - e não do próprio.

1 **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 411.

De mais a mais, as fotos que a agravada tem postado não são de um relacionamento fictício como alega. Ao fazer resumo da lide reconhece o relacionamento como sendo de longos 02 (dois) anos (f. 5). As fotos postadas correspondem a fatos efetivamente ocorridos e não fictícios.

Posto isso, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 25 de maio de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan
Apelação Cível nº 0800254-08.2016.8.12.0021 – Três Lagoas

EMENTA – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – RECURSO DE APELAÇÃO DA CONSTRUTORA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA OU DE INCLUSÃO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL NO POLO PASSIVO DA DEMANDA REJEITADAS – AQUISIÇÃO DE IMÓVEL PELO PROGRAMA "MINHA CASA MINHA VIDA" – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE A CONSTRUTORA E O AGENTE FINANCIADOR – LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO – POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO APENAS CONTRA UM DOS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIOS – VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO OCULTOS – DEVER DA CONSTRUTORA DE INDENIZAR OS DANOS MATERIAIS COMPROVADOS POR PERÍCIA JUDICIAL – DANO MORAL EXISTENTE – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A construtora de imóvel financiado pelo Programa Minha Casa Minha Vida é parte legítima a integrar o polo passivo de demanda que visa obtenção de pagamento de indenização por danos materiais e morais decorrentes de vícios endógenos (de projeto, materiais e construção).

O litisconsórcio passivo entre os responsáveis solidários, construtora e agente financiador de imóvel, é facultativo, cabendo ao credor a opção por ajuizar a demanda contra um ou todos os co-responsáveis, nos termos do artigo 275, do Código Civil.

É admitido pedido genérico de condenação em danos materiais visando a reparação de defeitos de construção em imóvel a serem identificados por perícia judicial, mormente quando a credora não possui condições financeiras, econômicas ou técnicas de apurá-los antes do ajuizamento da ação.

É devida a reparação por eventuais danos morais quando demonstrados vícios de construção de imóvel, sem qualquer comprovação de excludente de responsabilidade.

A quantificação do dano moral deve observar os critérios de razoabilidade, tomando por base as condições econômicas daquele que pratica o ato ilícito, bem assim daquele que o sofreu, o grau da ofensa e as consequências suportadas pelo ofendido, para que a reparação não constitua fonte de enriquecimento indevido daquele que se viu ofendido, fazendo-se necessário, no caso, estabelecer-se uma correta proporcionalidade entre causa e efeito, como decidido.

Recurso de apelação da requerida conhecido e não provido.

RECURSO ADESIVO DA REQUERENTE – PEDIDO GENÉRICO – DANOS MATERIAIS – ROL EXEMPLICATIVO DOS DEFEITOS NO IMÓVEL – REQUERENTE SEM CAPACITAÇÃO TÉCNICA OU RECURSOS FINANCEIROS PARA CONTRATAÇÃO DE PROFISSIONAL ESPECIALIZADO PARA IDENTIFICAR VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO NO IMÓVEL – PEDIDO INICIAL DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA JUDICIAL – SUCUMBÊNCIA RECIPROCA INEXISTENTE – SENTENÇA QUE ADMITIU TODOS OS PEDIDOS INICIAIS – REFORMA DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS – RECURSO ADESIVO CONHECIDO E PROVIDO.

Considerando que a autora formulou pedido genérico para condenar a requerida em reparar danos materiais decorrentes de vícios de construção do imóvel a serem identificados em perícia judicial e logrou obtê-lo, não houve sucumbência recíproca e, portanto, é indevida a distribuição dos ônus sucumbenciais.

Recurso adesivo da requerente conhecido e 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, rejeitaram as preliminares suscitadas no recurso do banco e, no mérito, negaram-lhe provimento, e deram provimento ao recurso adesivo da parte autora, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 31 de março de 2020.

Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tratam-se de recurso de apelação interposto por Tegra Incorporadora S.A e de recurso adesivo interposto por Neide Rodrigues Baracat contra a sentença do Juízo da 3.ª Vara Cível da Comarca de Três Lagoas que, nos autos da ação indenizatória por danos materiais e morais ajuizada pela segunda em face da primeira, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, condenando a requerida ao pagamento de danos materiais a serem quantificados em liquidação de sentença e em danos morais no importe de R$ 10.000,00, distribuindo reciprocamente as custas processuais e os honorários advocatícios à sucumbência de cada parte.

Em suas razões recursais de f. 257-70, a construtora requerida alega preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* ante a ausência de responsabilidade perante a requerente decorrente dos fatos descritos na inicial ou, subsidiariamente, pede a integração do polo passivo pela Caixa Econômica Federal, agente financeiro e fiscalizador do empreendimento, por eventual responsabilidade solidária entre elas.

No mérito, sustenta ausência de dever de indenizar em razão da não comprovação dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil (dano efetivo, conduta ilícita e nexo de causalidade), atribuindo culpa exclusiva à requerente por eventuais defeitos no imóvel, decorrentes do mau uso e conservação do bem.

Defende também não haver comprovação de dano moral suportado pela requerente ou ainda que o valor fixado na sentença é desproporcional a eventual dano por ela sofrido.

Pleiteia o provimento do recurso para acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva ou reconhecimento da responsabilidade solidária da Caixa Econômica Federal, fazendo-a integrar o polo passivo da demanda. No mérito, pede a reforma da sentença para julgar improcedente a ação ante a ausência de dever de indenizar ou ainda a minoração dos danos morais.

Intimada, a requerente-apelada apresentou contrarrazões às f. 283-9, pugnando pelo não provimento do recurso, bem como recurso adesivo às f. 290-6, aduzindo, em síntese, a indevida repartição dos ônus sucumbenciais entre as partes, sob o argumento de que a inicial arrolou exemplificativamente eventuais defeitos decorrentes da má construção do imóvel a serem reparados pela requerida, perceptíveis a olho nu, porquanto não possui capacidade econômica para contratar um profissional qualificado para descreve-los e quantifica-los, cingindo-se o pedido em condenar a construtora requerida a reparar os danos materiais identificados na perícia judicial, a serem liquidados oportunamente.

Ao final, a requerente pleiteia a reforma de parte da sentença apenas quanto aos ônus sucumbenciais, esperando que sejam atribuídos unicamente à requerida o dever de arcá-los.

Contrarrazões às f. 299-304, pugnando o não provimento ao recurso interposto.

O processo está pautado permanentemente para julgamento virtual e não houve oposição quanto ao mesmo, na forma do Provimento-CSM n.º 411, de 12 de junho de 2018, pelo que assim é ele realizado.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Conforme exposto em relatório, as partes interpuseram recurso contra a sentença visando a sua reforma.

Primeiro será analisado o recurso de apelação da construtora requerida e, após, o recurso adesivo da requerente.

Relata a inicial que a autora foi contemplada, juntamente com outras famílias de baixa renda, à obtenção de imóvel popular pelo "Programa Minha Casa Minha Vida" no Conjunto Habitacional Residencial Novo Oeste, no Município de Três Lagoas, construído e fiscalizado pela requerida.

A vista de irregularidades e defeitos encontrados no bem após nele adentrar, a requerente ajuizou a demanda contra a construtora visando a reparação dos danos materiais e morais decorrentes de vícios na construção do imóvel, que foram reconhecidos em sentença de mérito condenatória.

Em sede recursal, a construtora requerida argui preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* e, no mérito, pleiteia a reforma da sentença visando o julgamento improcedente da ação, sob o argumento de ausência de responsabilidade quanto aos fatos narrados na inicial.

Aduz que o contrato de compra e venda do imóvel foi firmado pela autora com a Caixa Econômica Federal, porquanto trata-se de imóvel financiado pelo Fundo de Arrendamento Residencial. Afirma que CEF era responsável pela fiscalização da obra e sua evolução com a realização de vistorias periódicas que atestassem sua regularidade, tendo a construtora cumprido todas as exigências da financiadora.

A relação jurídica estabelecida entre as partes deste processo é de consumo, tendo em vista que a recorrente, na qualidade de construtora, forneceu o imóvel à autora, que o adquiriu na condição de destinatária final, enquadrando-se, portanto, nos conceitos de fornecedor e consumidor, respectivamente, nos moldes dos art. 2.º e 3.º, do Código de Defesa do Consumidor, *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."*

Aliás, certo é que o mencionado Código possui dispositivo específico prevendo a responsabilidade do construtor, independente da existência de culpa, pela reparação de danos ocasionados aos consumidores em razão de defeitos decorrentes da construção, na forma prevista pelo seu art. 12, amoldando-se perfeitamente à situação em análise.

Portanto, latente a responsabilidade objetiva da construtora, pelo que não há que se admitir a alegada ilegitimidade passiva para responder à ação.

Igualmente, deve ser rejeitada o pedido de chamamento ao processo da Caixa Econômica Federal para integrar o polo passivo da demanda.

Isto porque, nos termos do artigo 275, do Código Civil, em que pese a responsabilidade solidária da construtora e do agente financiador do empreendimento, existente no presente caso, o litisconsórcio passivo

dela decorrente é facultativo, incumbindo ao credor, no caso à requerente, a escolha contra quem ajuizar a demanda, se em face de ambos os co-responsáveis ou de apenas um deles.

Nesse sentido é o entendimento firmado pela 4.ª Câmara Cível deste Tribunal de Justiça, consoante se vislumbra da ementa abaixo transcrita:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – DEFEITOS DE CONSTRUÇÃO – IMÓVEL MINHA CASA MINHA VIDA –* **LEGITIMIDADE PASSIVA DA CONSTRUTORA – LITISCONSÓRCIO COM A CEF MERAMENTE FACULTATIVO** *– RESPONSABILIDADE OBJETIVA – CULPA DO CONSUMIDOR NÃO DEMONSTRATADA – ANOMALIAS ENDÓGENAS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1.* **Nos termos do art. 12 do CDC, tanto a construtora, quanto o agente financeiro, gestor dos recursos públicos do programa 'Minha Casa Minha Vida', são responsáveis pela qualidade do imóvel entregue. Porém, da responsabilidade solidária decorre o litisconsórcio facultativo, podendo a parte autora optar por qualquer deles no polo passivo, conforme autoriza o art. 275 do Código Civil.** *2. Ademais, no caso, a empresa ré/recorrente, Brookfiel Incorporações S/A, atual Tegra Incorporadora, pertence ao mesmo grupo econômico da empresa Brookfield Centro Oeste Empreendimentos Imobiliários S/A, confundindo-se na perspectiva do consumidor, de onde também decorre sua legitimidade por se tratar de relação de consumo. 3. O fato do imóvel ter sido aprovado em fiscalização pela Caixa Econômica Federal não afasta sua obrigação pela qualidade da obra, seja porque a fiscalização pode ter sido inadequada ou os vícios não serem aparentes à época da vistoria. 4. Tratando-se de relação de consumo, nos exatos termos do art. 12, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, responsabilidade da construtora é objetiva afastada excepcionalmente se comprovada ilegitimidade, inexistência do vício ou culpa do consumidor, o que não ocorreu na hipótese."* (TJMS. Apelação Cível n.º 0800270-59.2016.8.12.0021, Três Lagoas, 4.ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 03/07/2019, p: 04/07/2019). (G.n.)

Além disso, o pedido de reconhecimento de responsabilidade solidária e inclusão da Caixa Econômica Federal ao polo passivo da demanda configura chamamento ao processo, instituto cujo regramento processual civil prevê momento oportuno para fazê-lo, que é na contestação, restando, portanto, preclusa a sua suscitação em sede recursal.

Desta feita, fixada a responsabilidade civil objetiva da construtora em reparar eventuais vícios de construção existentes no imóvel, resta analisar a existência e natureza desses vícios, ou seja, se existentes, decorrem do mau uso do bem pela requerente ou da má construção pela requerida.

Assim, amparado no laudo pericial acostado às f. 183-212, o magistrado singular acertadamente condenou a construtora requerida a reparar os vícios endógenos constatados no imóvel da requerente, ou seja, aqueles decorrentes de vícios de projeto, materiais e execução, consoante se vislumbra do trecho da sentença abaixo:

> *"O laudo pericial foi juntado à f. 183-212, tendo o perito nomeado concluído que foram encontradas anomalias endógenas (provenientes de vícios de projetos, materiais e execução) e, portanto, de responsabilidade da requerida (f. 207), tendo apontado as anomalias e falhas dectadas na vistoria do apartamento.*
>
> *(...)*
>
> *Ora, a f. 206 o Sr. Perito elenca quais defeitos elencados na inicial foram identificados, sendo que afirma ter encontrado pequenas fissuras e diversas infiltrações nas paredes, alegando não haver falta de água e que não há danos aparentes em janelas ou portas. Narra que não fora encontrado desnivelamento de piso ou problemas em pontos elétricos.*
>
> *Anoto que embora a requerida tenha apresentado parecer técnico no sentido de que as infiltrações encontradas são anomalias exógenas, provenientes de intervenções causadas por terceiros, assim não restou consignado pelo perito, à exceção da anomalia registrada à f. 202."*

Nessa toada, a perícia judicial realizada nos autos é contundente em enumerar os vícios e a sua natureza, concluindo que:

> *"6.5 Considerando que 54,5% das patologias existentes são de 'umidade e infiltrações' e 'transbordamento e exalação de odores de esgoto' é recomendado intervenções corretivas quase que imediatamente devido a graves danos causados primeiramente à ocupação do imóvel (saúde), acabamento (pinturas) e mais lentamente, mas de forma progressiva, ao sistema estrutura da edificação. A outra parcela de 45,5% são de fissuras comuns em estruturas de blocos estruturais, não oferecendo qualquer significação passível de conotação como anomalia. Evidente que reparos técnicos de pinturas são necessários."*

Concluiu o perito judicial, no item 7 (f. 207), que foram encontradas 10 anomalias (defeitos) endógenas no apartamento da requerente, ou seja, provenientes de vícios de projetos, materiais e execução, sendo que 6 delas possuem grau de risco crítico, recomendando-se a imediata intervenção para correção.

Consta também no referido laudo que apenas um dos defeitos encontrados no imóvel periciado configura anomalia exógena ou funcional, que é aquela oriunda de danos causados por terceiro, incidindo a aplicação do inciso III do § 3.º do artigo 12 do CDC, tendo o magistrado singular corretamente afastado quanto a este item o dever da construtora em indenizá-lo.

Desta feita, não restando dúvida acerca da existência de vícios de construção (projeto, materiais e execução) no imóvel adquirido pela requerente, é evidente a presença dos requisitos ensejadores da responsabilidade da construtora requerida em reparar os danos elencados no laudo pericial, nos termos do artigo 12, do CDC, quais sejam: dano efetivo, conduta ilícita da construtora e nexo de causalidade.

Em decorrência disso, é inegável que a requerente foi ofendida como pessoa, pois evidente o abalo moral causado pela frustração em adquirir a sua tão sonhada moradia com vícios de construção que a expõe à insalubridade, risco de vida e má estética do imóvel.

Sendo assim, levando em conta os incômodos, frustrações e transtornos suportados pelo demandante em virtude dos defeitos decorrentes da má construção do imóvel adquirido, que ultrapassam o mero aborrecimento da vida cotidiana, é cabível o pagamento de indenização por danos morais, os quais são *in re ipsa*, ou seja, prescindíveis de outras provas.

Em relação aos valores que devem ser arbitrados a título de danos morais, é pacificamente entendido que a quantificação do dano moral deve observar os critérios de razoabilidade, tomando por base as condições econômicas daquele que pratica o ato ilícito, bem assim daquele que o sofreu, o grau da ofensa e as consequências suportadas pelo ofendido, para que a reparação não constitua fonte de enriquecimento indevido daquele que viu-se ofendido, fazendo-se necessário, no caso, estabelecer-se uma correta proporcionalidade entre causa e efeito.

No presente feito, há provas do poder aquisitivo da vítima, bem assim do grau da ofensa e repercussão do dano causado à sua saúde, à sua vida e ao seu patrimônio, que ao adquirir imóvel que apresenta vícios de construção, teve tolhido seus direitos à moradia digna, à preservação de seu patrimônio e saúde.

Ora, se por um lado deve-se ter a cautela na fixação em respeito ao instituto que visa a indenizar propriamente o ofendido pelo dano moral, garantindo-lhe justiça, proporcionalidade e repressão ao ato ilegal, por outro aspecto, deve-se também se precaver de indevidamente arbitrarem-se quantias excessivas, o que também violaria o enriquecimento indevido.

No caso em apreço, entendo que a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais) fixada na sentença se mostra adequada aos fatos oriundos deste feito, e contempla dentro da proporcionalidade o dano moral suportado pela requerente ante a obtenção de imóvel para moradia com defeito de construção.

Quanto ao recurso adesivo da requerente, tenho que merece provimento, posto que razão assiste à ela.

A requerente questiona a sucumbência recíproca fixada na sentença sob o argumento de que o pedido de reparação de danos materiais foi acolhido integralmente.

A inicial descreve os defeitos que a requerente, pessoa sem capacitação técnica e sem condições financeiras para contratar um profissional especializado para identificá-los e quantificá-los, verificou a olho nu no imóvel.

O rol de defeitos descritos na parte dos fatos é exemplificativo, tanto que, a requerente, pede, ao final, *"a procedência integral da demanda, condenando a requerida ao pagamento de danos materiais a serem liquidados oportunamente"*, bem como a realização de *"perícia técnica para apurar a extensão dos danos."*

Trata-se, portanto, de pedido certo, claro, inteligível, coerente e genérico, posto que determinado quanto ao gênero (vícios de construção do imóvel) e indeterminado quanto à quantificação, integralmente acolhido em sentença, de modo que não há sucumbência recíproca e, por isso, indevida a distribuição proporcional dos ônus sucumbenciais.

Posto isso, conheço do recurso de apelação da Tegra Incorporadora S.A, porém, nego-lhe provimento.

Conheço também do recurso adesivo interposto por Neide Rodrigues Baracat e a ele dou provimento para reformar a sentença e condenar apenas a requerida ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Na forma do art. 85, § 11, do NCPC, majoro os honorários recursais para 15% sobre o valor do proveito econômico resultante da condenação, dado o insucesso da pretensão da requerida externada em ambas as instâncias.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares suscitadas no recurso do banco e, no mérito, negaram-lhe provimento, e deram provimento ao recurso adesivo da parte autora, 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, 31 de março de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan
Apelação Cível nº 0825656-20.2017.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER – INSERÇÃO INDEVIDA DO CPF DO APELANTE COMO FALECIDO NOS SISTEMAS SISOB E SISREG – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO NOTÁRIO – ENCAMINHAMENTO DE INFORMAÇÃO AO INSS COM DOCUMENTO DO AUTOR COMO FALECIDO – INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE CUIDADO NO PREENCHIMENTO DE INFORMAÇÕES – ATO ILÍCITO CONFIGURADO – NÃO COMPROVAÇÃO SATISFATÓRIA DE CULPA DO COMUNICANTE DO ÓBITO – INEXISTÊNCIA DE EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE – APELANTE QUE EXPERIMENTOU DIFICULDADE DE ATENDIMENTO HOSPITALAR PELO SUS EM RAZÃO DE CONSTAR SEU ÓBITO NO SISTEMA – NEXO CAUSAL ENTRE A CONDUTA DO NOTÁRIO E O DANO EXPERIMENTADO PELO AUTOR – DANO MORAL *IN RE IPSA* CONFIGURADO – QUANTIA FIXADA EM ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE E ÀS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO – REFORMA DA SENTENÇA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Os documentos nos autos, diversamente do que se consignou na sentença recorrida, apontam a responsabilidade civil do notário apelado, único resposável pela indevida inclusão do CPF do autor, em certidão de óbito de terceiro, o que gerou sua indevida inscrição no sistema SISREG e SISOBI e nos cadastros do INSS como falecido.

O notário não conseguiu elidir da sua responsabilidade quanto ao ato ilícito, uma vez que, a despeito das alegações de culpa exclusiva do comunicante do óbito, não trouxe aos autos prova de que o declarante informou a numeração do CPF do autor como do *de cujus*, de forma que não cumpriu com o ônus de comprovar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

No caso em tela há caracterização de dano moral *in re ipsa*, sendo presumível o constrangimento, transtorno e as dificuldades enfrentadas pelo apelante decorrentes da inserção indevida de seu CPF como de falecido nos sistemas da administração pública, ato que dificulta os atos rotineiros da vida civil e o acesso aos sistemas públicos.

É certo o nexo causal entre a conduta do notário apelado, que informou ao INSS o CPF do apelante como de pessoa falecida (f. 91), e o dano moral enfrentado pelo recorrente por constar como morto nos sistemas da administração pública.

É entendimento pacífico que a quantificação da indenização deve obedecer os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, tomando por base as condições econômicas de quem praticou e de quem sofreu o ato ilícito, bem como o grau de ofensa e as consequências suportadas pelo ofendido, a fim de que a reparação não constitua enriquecimento ilícito à parte lesada, além de aplicar caráter punitivo e pedagógico ao montante arbitrado, de forma a alertar o agente público a evitar repetição da conduta ilícita.

Recurso conhecido e 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, 8 de abril de 2020.

Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

José Carlos da Silva interpõe recurso de apelação contra sentença do Juízo da 3.ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos de Campo Grande que, na ação de indenização por danos morais cumulada com obrigação de fazer ajuizada contra José Luiz da Silva, julgou prejudicado o pedido de retificação de registro de óbito, ante a correção já realizada pelo notário e improcedente o pleito de danos morais, dada a inexistência de responsabilidade do requerido nos danos suportados pelo requerente por tratar-se de informação prestada por terceiro ao notário.

Condenou o autor ao pagamento de custas e despesas processuais e honorários de advocatícios em 10% sobre o valor da causa, diferindo a cobrança em vista do requerente tratar-se de beneficiário da justiça gratuita.

Sustenta o apelante, em suas razões (f. 126-34), que na declaração de f. 96-7, prestada por Clenilson, há informação de que este não detinha a numeração de CPF do falecido, tanto é que não constou na certidão de óbito, sendo evidente, portanto que a inclusão do CPF do apelante nos sistemas SISREG e SISOBI se deu pelo notário apelado, incorrendo na responsabilidade civil prevista no artigo 22, da Lei n.º 8.935/94.

Alega, ainda, que a alteração no referido artigo que prevê a existência de culpa ou dolo na responsabilidade civil decorrente de serviços de registro não influi no caso concreto, porque o erro imputado ao apelado ocorreu antes da promulgação da referida legislação.

Argumenta também que a circunstância de ser considerado como pessoa falecida, especialmente perante o SUS, no qual teve dificuldades de obter atendimento médico, e o INSS, onde ficou impedido de receber sua aposentadoria por invalidez, causou danos morais *in re ipsa* ao apelante, decorrente da própria existência do evento danoso.

Por fim, pleiteia a reforma da sentença com a condenação do apelado ao pagamento de indenização no valor equivalente à R$ 30.000,000 (trinta mil reais), acrescido de juros e correção monetária desde a data do ato danoso, a inversão do ônus da sucumbência para condenar o apelado às despesas e custas proceuaisie honorários advocatícios em 20% sobre o valor da condenação.

O apelado não apresentou contrarrazões, conforme certidão de f. 137.

As partes não manifestaram oposição ao julgamento virtual, conforme atesta a certidão de f. 142.

O processo está pautado permanentemente para julgamento virtual e não houve oposição quanto ao mesmo, na forma do Provimento CSM n.º 411, de 12 de junho de 2018, pelo que assim é ele realizado.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Conforme o relatado, o apelante ingressou com ação de indenização por danos morais cumulada com obrigação de fazer contra o apelado em vista de inclusão indevida de seu CPF como falecido nos registros

dos sistemas SISREG e SISOBI, o que dificultou o seu acesso ao Sistema Único de Saúde e interrompeu o recebimento de seu benefício previdenciário.

Em vista disto, pleiteou a retificação das informações cadastradas nos sistemas mencionados e em todos os órgãos públicos, bem como a condenação do apelado ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

A sentença (f. 117-22) julgou prejudicado o pedido de retificação de registro de óbito porque a correção já fora realizada pelo notário apelado e, em relação à correção em todos os órgãos públicos, o autor não fez qualquer prova ou menção de que os cadastros nas referidas entidades necessitam de retificação, restando neste ponto indeferido.

Ainda, o *decisum* julgou improcedente a pretensão indenizatória, por entender que as informações foram registradas pelo notário apelado conforme as declarações prestadas por terceiro, Clenilson, e que, até a data do registro não havia a obrigação do registrador de confirmar os dados fornecidos pelo comunicante do óbito.

O autor interpôs o presente recurso contra a sentença sob alegação de que o declarante não informou o CPF do falecido, de forma que a vinculação ao apelante como falecido no SISOBI e SISREG ocorreu por equívoco do apelado.

Assim, aduziu ser do apelado a responsabilidade pela inserção incorreta de seu CPF nos referidos sistemas, o que consequentemente gera a obrigação de indenização por danos morais em face dos constrangimentos, transtornos e demais dificuldades por ele enfrentados, para a qual pleiteou o arbitramento no montante correspondente a R$ 30.000,00 (trinta mil reais).

O recorrido não apresentou contrarrazões.

Pois bem.

A demanda trata da responsabilidade do tabelião apelado pela inserção indevida nos sistemas SISOBI e SISREG do CPF do autor como falecido, tendo a sentença recorrida entendido pela sua inexistência sob o fundamento de que as informações foram registradas na forma em que prestadas pelo declarante do óbito, que as subscreveu no assento próprio, conforme o documento de f. 90.

No entanto, verifico que o documento de f. 90 fora, à época, preenchido por escrivã do cartório, segundo consta logo após a informação de sepultamento do *de cujus,* tendo o declarante Clenilson, declarante do óbito, exarado sua assinatura logo após a assinatura desta.

Em relação à informação que consta em "continuação" do registro, com outros detalhes da causa de morte e informação do CPF, há tão somente a assinatura da escrivã cartorária, sem confirmação de rubrica ou firma do declarante.

De outro norte, verifico que na declaração dos fatos de f. 96-7, datada de 21 de março de 2018 e assinada por Clenilson, o declarante informa que não possuía a numeração do CPF do falecido.

Para satisfatória visualização do que declarado, coleciono abaixo parte da declaração:

> *"Por desconhecer familiares do falecido, acabou por o declarante, sempre na melhor das intenções de querer ajudar, além de prestar o socorro, que comunicar o óbito ao cartório,* ***sem documentos suficientes****, até por não ter relacionamento próximo com o mesmo.* ***Apenas, sem certeza, lembra que tinha uma carteira de identidade que, salvo engano, não tinha numeração de CPF (cadastro de pessoas físicas)****. Ao final, informa que não sabe se o sindicato possui ficha com informações do falecido."* (Destaquei).

Isto é, tanto a ata de registro do cartório quanto a recente declaração, deixam dúvidas quanto à alegação de que o comunicante do óbito informou a numeração de CPF do autor ao cartório. Ao contrário, ambos os documentos evidenciam a probabilidade de que referido número não foi comunicado por Clenilson.

Ressalto, neste ponto, que embora a declaração de f. 96-7 não seja revestida de fé-pública ou tenha firma reconhecida, a assinatura exarada coincide com a firmada no registro de f. 90, assim como que tal documento foi juntado aos autos pelo próprio notário apelado a fim de comprovar o argumento de responsabilidade do comunicante do óbito.

Outrossim, verifico que na declaração de óbito de f. 95, assim como na certidão de óbito (f. 20-1), não há qualquer informação acerca do CPF do falecido, o que por certo constaria nos documentos caso referida numeração houvesse sido prestada pelo comunicante do óbito.

Contudo, consta em ambos os documentos e na ata registral do cartório, o nome da mãe do *de cujus*, o qual difere da mãe do autor, portador do CPF que foi indevidamente inserido nos sistemas SISOBI e SISREG.

Ainda, o documento de f. 91 prova que houve a efetiva informação pelo cartório ao INSS do falecimento do *de cujus* com o CPF errôneo, contando, inclusive, com a assinatura do tabelião recorrido.

Ainda que se possa considerar que à época não haviam sistemas digitais para a consulta de informações, é certo que cabe ao tabelião, no exercício de suas atribuições, sempre promover seus atos com efetiva diligência e zelo, confirmando os dados registrados através dos meios disponíveis e analisando os atos de seus prepostos, oficiais de registro e funcionários antes de ratificá-los.

Não o bastasse, simples verificação do CPF indicado pelo tabelião bastaria para verificar que não se tratava da mesma pessoa, eis que o nome de sua mãe não corresponde àquele vinculado ao dito CPF.

Deste modo, verifico que os documentos nos autos, diversamente do que se consignou na sentença recorrida, apontam para a responsabilidade civil do notário apelado, único responsável pela indevida informação quanto ao CPF do falecido.

Em relação à responsabilidade dos notários e oficiais de registro, o artigo 22, da Lei n.º 8.935/94, preconiza que estes responderão pelos danos que eles e seus prepostos causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso.

Aponto, no entanto, que à época do óbito do *de cujus*, o artigo 22 possuía a seguinte redação: *"os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos."*

Ou seja, quando ocorreu o óbito, o mencionado artigo previa a responsabilidade do notário por danos causados a terceiros, independente de comprovação de dolo ou culpa

Da mesma forma, o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que consagra a teoria do risco administrativo, determina que *"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."*

Já o artigo 236, *caput*, da Carta Magna, prevê de forma expressa a delegação pelo Estado de serviços notariais e de registros públicos a particulares.

Verifica-se, então, que é certa a responsabilidade civil objetiva dos notários no exercício de suas funções, por assumirem posição semelhante às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Portanto, em vista da legislação descrita, aqueles que exercem, por delegação, os serviços notariais e de registro, respondem de forma direta e objetiva pelos danos que, na prática de atos próprios da serventia, eles e seus prepostos causarem a terceiros.

A jurisprudência do STJ é assente neste sentido:

> *"PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – DANOS MATERIAIS CAUSADOS POR TITULAR DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL – ATIVIDADE DELEGADA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO TABELIÃO E SUBSIDIÁRIA DO ESTADO.* ***1. O acórdão recorrido encontra em consonância com a jurisprudência desta Corte, segundo a qual nos casos de danos resultantes de atividade estatal delegada pelo Poder Público, há responsabilidade objetiva do notário, nos termos do art. 22 da Lei 8.935/1994****, e apenas subsidiária do ente estatal. Precedentes: AgRg no AREsp 474.524/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18/06/2014; AgRg no AgRg no AREsp 273.876/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 24/05/2013; REsp 1.163.652/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 01/07/2010. 2. Agravo regimental não provido."* (STJ, AgRg no REsp 1377074/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016 – destaquei);

> *"CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL – SERVIÇO NOTARIAL – FALHA – RESPONSABILIDADE CIVIL – JULGAMENTO CITRA PETITA – ART. 460 CPC – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 211/STJ – NEXO CAUSAL – REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS – SÚMULA 7/STJ – DISSÍDIO NOTÓRIO – OCORRÊNCIA. 1. Na origem, o Estado de Pernambuco foi condenado (responsabilidade objetiva) a indenizar danos experimentados por adquirente de imóvel vitimado por operação fraudulenta que contou com a colaboração do Cartório de Imóveis de São Lourenço da Mata, o qual emitiu declaração inverídica quanto à propriedade do lote adquirido pelo demandante. (...)* ***5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem assentado que o exercício de atividade notarial delegada (art. 236, § 1º, da CF/88) deve se dar por conta e risco do delegatário, de modo que é do notário a responsabilidade objetiva por danos resultantes dessa atividade delegada (art. 22 da Lei 8.935/1994),*** *cabendo ao Estado apenas a responsabilidade subsidiária. Precedentes do STJ e do STF. 6. Agravo Regimental provido."* (STJ. AgRg no AREsp 474.524/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 06/05/2014, DJe 18/06/2014 – destaquei).

Assim, concluindo-se pela responsabilidade objetiva do notário, cumpre investigar acerca do dano enfrentado pelo apelante, a conduta praticada pela parte apelada e o nexo de causalidade entre ambos.

Conforme se infere do conjunto probatório dos autos, houve a informação pelo cartório ao INSS do cadastro de pessoa física do autor como do *de cujus* (f. 90), o que gerou sua inscrição no sistema SISREG e SISOBI.

Neste ponto, o apelado não conseguiu elidir a sua responsabilidade quanto ao ato ilícito, conforme discorrido anteriormente, uma vez que, a despeito das alegações de culpa exclusiva do comunicante do óbito, não trouxe aos autos de que o declarante informou a numeração do CPF do autor como do *de cujus*, de forma que não cumpriu com o ônus de comprovar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Ao contrário, todos os documentos juntados demonstram o equívoco promovido pelo cartório na inclusão do referido cadastro do apelante na relação de óbitos enviada ao INSS.

Em relação ao dano, embora o autor não tenha demonstrado o cancelamento do benefício do seu INSS pela inserção de seu CPF no sistema SISOBI, comprovou a impossibilidade/dificuldade de atendimento médico-hospitalar em vista de sua inserção como falecido no sistema SISREG, conforme os documentos de f. 14-9.

Ademais, no caso em tela entendo pela caracterização de dano moral *in re ipsa*, sendo presumível o constrangimento, transtorno e as dificuldades enfrentadas pelo apelante decorrentes da inserção indevida de

seu CPF como de falecido nos sistemas da administração pública, ato que dificulta os atos rotineiros da vida civil e o acesso aos sistemas públicos.

É certo o nexo causal entre a conduta do notário apelado, que informou ao INSS o CPF do apelante como de pessoa falecida (f. 91), e o dano moral enfrentado pelo recorrente por constar como morto nos sistemas da administração pública.

Outrossim, o apelado não comprovou de maneira satisfatória a existência de qualquer excludente de responsabilidade, o que torna o liame causal entre o ato ilícito e o dano plenamente demonstrado.

Neste sentido, vejamos a jurisprudência deste Egrégio Tribunal:

> *"EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME DE SENTENÇA – AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL POR EVICÇÃO C.C. INDENIZAÇÃO –* ***OFICIAIS DE REGISTRO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA –*** *ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – DANOS MORAIS MANTIDOS – RECURSOS NÃO PROVIDOS – SENTENÇA RATIFICADA.* ***Os oficiais de registro que exercem por delegação os serviços notariais e de registro respondem de forma direta e objetiva pelos danos causados na prática de atos próprios da serventia.*** *Danos morais fixados em quantia suficiente para atender suas finalidades e servir de exemplo para evitar a reincidência na prática indevida devem ser mantidos."* (TJMS, Apelação/Remessa Necessária n.º 0000815-12.2009.8.12.0021, Três Lagoas, 2.ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Julizar Barbosa Trindade, DJe 15/05/2014 – destaquei);

> *"EMENTA – APELAÇÃO –* ***AÇÃO INDENIZATÓRIA – RECONHECIMENTO DE FIRMA – ASSINATURA FALSA – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO TABELIÃO – ERRO GROSSEIRO NA ASSINATURA E ERRO NA DOCUMENTAÇÃO PESSOAL – NÃO CUMPRIMENTO DAS NORMAS DA CORREGEDORIA – DANO MORAL CONFIGURADO*** *– DANO MATERIAL NÃO DEMONSTRADO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. I.O art. 37, § 6º da CF traz a responsabilidade objetiva do Estado perante a conduta de seus agentes, sendo que os tabeliões ainda que assumam a posição de pessoas jurídicas de direito privado, são prestadores de serviço público, agentes por delegação, sujeitando aos regramentos e fiscalização do Estado e, portanto, também responsáveis de forma objetiva pelos seus atos. II. Ainda que se entenda pela responsabilidade objetiva do tabelião, verificado que o reconhecimento de firma mesmo que por semelhança se deu por negligência, já que a assinatura mostra-se a olho nu divergente da registrada no cartório, e ainda com erros na documentação pessoal, evidente a culpa do tabelião ao reconhecer assinatura falsificada.* ***III. Claro é o dano moral sofrido pela parte que tem recibo de quitação de débito falsificado reconhecido por tabelião, considerando os erros grosseiros do documento, e em consideração atividade exercida no sentido que há uma relação de confiança na prestação deste serviço público que garante a autenticidade dos atos jurídicos praticados.*** *IV.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). V. Sendo o dano material aquele que atinge o patrimônio da parte, deve ser devidamente comprovado para eventual condenação. VI. Recurso conhecido e provido em parte."* (TJMS, Apelação Cível n. 0053707-84.2011.8.12.0001, Corumbá, 2.ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Alexandre Bastos, DJe 09/01/2019). (Destaquei)

Diante disto, presentes todos os pressupostos do dano moral, é certo o dever de indenizar.

Quanto ao *quantum debeatur* que deve ser arbitrado a título de danos morais, é entendimento pacífico que a quantificação da indenização deve obedecer aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, tomando por base as condições econômicas de quem praticou e de quem sofreu o ato ilícito, bem como o grau de ofensa e as consequências suportadas pelo ofendido, a fim de que a reparação não constitua enriquecimento ilícito à parte lesada.

Da mesma forma, deve-se também aplicar o caráter punitivo e pedagógico ao montante arbitrado, de forma a alertar o agente público a evitar repetição da conduta ilícita.

In casu, em observância das peculiaridades do caso concreto e dos princípios que norteiam a fixação dos danos morais, entendo pela fixação de quantia equivalente à R$ 10.000,00 (dez mil reais), sendo tal valor suficiente para reparar a violação moral sofrida pelo apelante sem acarretar enriquecimento indevido e servir de instrumento punitório e educacional ao apelado pela conduta.

Diante do exposto, conheço do recurso interposto e lhe dou provimento para o fim de reconhecer a responsabilidade objetiva do réu e condená-lo à indenização por danos morais no valor correspondente à R$ 10.000,00 (dez mil reais), que deve ser corrigido pelo IGP-M a partir da fixação, com juros de mora incidentes à razão de 1% ao mês a partir do ato ilícito, ou seja, a partir da comunicação indevida.

Por consequência, em vista da reforma da sentença, inverto a sucumbência, condenando o réu às custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios devidos ao patrono do autor em 10% sobre o valor atualizado da condenação.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 8 de abril de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan
Apelação Cível nº 0809288-59.2019.8.12.0002 – Dourados

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA – MORTE DE IDOSO EM CASA DE ACOLHIDA – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ENTE PÚBLICO – NEGLIGÊNCIA VERIFICADA – INGRESSO DO IDOSO NO LOCAL SEM O DEVIDO REGISTRO – CORPO ENCONTRADO VÁRIOS DIAS DEPOIS – DANO MORAL CONFIGURADO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO MANTIDO – JUROS DE MORA INCIDENTES A PARTIR DO EVENTO DANOSO – RECURSO DA PARTE AUTORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO – APELAÇÃO DO MUNICÍPIO CONHECIDA E DESPROVIDA.

Afasta-se a preliminar de cerceamento de defesa e o consequente pedido de nulidade da sentença quando demonstrado que a parte requerida teve oportunidade de expor e comprovar sua tese de defesa, mostrando-se sem utilidade a prova pericial que pretendia produzir, até mesmo porque o juiz é o destinatário das provas, cabendo-lhe analisar se o conjunto probatório constante dos autos é suficiente para o esclarecimento das questões em discussão, segundo dispõe o art. 371, do CPC.

A responsabilidade do município quanto ao dever de vigilância dos abrigados em estabelecimento de acolhimento de indivíduo em situação de risco e desamparo é subjetiva, restando demonstrada a sua negligência ao permitir o ingresso de idoso no local sem fazer o devido registro, deixando de conferir-lhe o necessário cuidado e auxílio, o qual posteriormente vem a falecer e só é encontrado dias depois.

O montante indenizatório deve estar pautado nos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da adequação, com a fixação em quantia que, por um lado, sirva de atenuante ao dano moral sofrido, sem importar em enriquecimento sem causa do ofendido, e, por outro lado, represente advertência ao ofensor, no sentido de ser inaceitável a conduta praticada e a lesão dela proveniente.

Em casos de reparação por dano moral oriundo de ato ilícito de natureza extracontratual os juros de mora incidem a partir do evento danoso, nos moldes da Súmula n.º 54, do STJ.

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, afastaram a preliminar, negaram provimento ao recurso do Município de Dourados e deram parcial provimento ao recurso da parte autora, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de abril de 2020.

Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tratam-se de apelações cíveis interpostas por Município de Dourados, Ana Maria da Silva e Sonia Fermino da Silva Freitas contra sentença proferida pelo Juízo da 6.ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que julgou procedente o pedido formulado na ação ajuizada contra o ente público, para condená-lo ao pagamento

de indenização por danos morais, no valor de R$ 24.950,00 (vinte e quatro mil, novecentos e cinquenta reais) para cada uma das autoras, com correção monetária pelo IPCA-E a partir da sentença, e juros de mora consoante a caderneta de poupança a contar do trânsito em julgado.

O Município de Dourados argui preliminar de nulidade da sentença, por cerceamento de defesa, visto que não foi oportunizada a instrução processual com a realização de prova pericial.

Argumenta que não houve negligência por parte da municipalidade a contribuir para a morte do irmão das requerentes e que, no caso, tratando-se de prestação de serviço público de acolhimento de indivíduo em situação de risco e desamparo, a responsabilidade é subjetiva, sendo da parte autora o ônus de provar a negligência, o dano e o nexo de causalidade.

Defende que a causa da morte de Sebastião Firmino da Silva - infarto agudo do miocárdio - não guarda qualquer relação com a suposta ausência de cuidados, pois tem origem nas condições próprias do indivíduo, e o evento morte ocorreria em quaisquer circunstâncias, não estando provada a negligência e nem sequer o nexo de causalidade.

Pede a anulação da sentença, por cerceamento de defesa, a fim de que os autos retornem à origem e seja oportunizada a produção de provas, e, no mérito, a reforma do *decisum*, para julgar improcedente o pedido inicial.

Ana Maria da Silva e Sonia Fermino da Silva Freitas insurgem-se contra a quantia indenizatória fixada na sentença (vinte e cinco salários mínimos para cada), por entenderem que o montante é insuficiente para reparar os danos sofridos.

Afirmam que o valor de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para cada uma das demandantes afigura-se adequado e proporcional, diante dos danos experimentados, capacidade financeira das partes, caráter pedagógico da medida e grau de culpa do requerido, que além de faltar com o dever de vigilância, forneceu informações inverídicas, e ainda em virtude da repercussão do fato, eis que o todo o ocorrido e imagens do falecido foram amplamente divulgados pela mídia.

Aduzem que os juros moratórios devem incidir desde o evento danoso (29.12.2018), conforme prevê a Súmula n.º 54, do STJ.

Assim, postulam a majoração dos danos morais e a fixação de juros de mora a partir do evento danoso.

Contrarrazões às f. 114-21 e f. 129-33, ambas pelo desprovimento do recurso da parte adversa.

O processo está pautado permanentemente para julgamento virtual e não houve oposição quanto ao mesmo (Município - f. 143), na forma do Provimento CSM n.º 411, de 12 de junho de 2018, pelo que assim é ele realizado.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Tratam-se de apelações cíveis interpostas por Município de Dourados, Ana Maria da Silva e Sonia Fermino da Silva Freitas contra sentença proferida pelo Juízo da 6.ª Vara Cível da Comarca de Dourados, que julgou procedente o pedido formulado na ação ajuizada contra o ente público para condená-lo ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 24.950,00 (vinte e quatro mil, novecentos e cinquenta reais) para cada uma das autoras, com correção monetária pelo IPCA-E a partir da sentença, e juros de mora consoante a caderneta de poupança a contar do trânsito em julgado.

Verifico das razões recursais que o município pretende a anulação da sentença, sob a alegação de cerceamento de defesa, ou ainda a improcedência do pleito de indenização por dano moral, por entender que não foram demonstrados os pressupostos para a sua responsabilização.

A parte autora da demanda, por sua vez, pede a majoração dos danos morais arbitrados na sentença e a alteração do termo inicial de incidência dos juros de mora.

Pois bem.

Os recursos serão apreciados de forma conjunta, por ordem de prejudicialidade.

De início, afasto a preliminar de cerceamento de defesa suscitada pelo ente público requerido.

Isso porque, apesar de o magistrado ter proferido a sentença recorrida logo após a apresentação da contestação, não vislumbro na espécie o alegado cerceamento de defesa, eis que a parte demandada teve oportunidade de desenvolver e expor sua tese defensiva e, inclusive, de juntar aos autos os documentos aptos a comprová-la.

Além disso, a prova pericial que a parte requerida pretendia produzir não se mostra suficiente para alterar o quanto decidido pelo julgador singular, e neste ponto destaco que a análise da necessidade ou não da perícia confunde-se com o mérito e com ele será apreciada.

Outrossim, o requerido não obteve êxito em demonstrar que a produção de alguma outra prova teria o condão de modificar a conclusão sobre o caso, até porque o modo como os fatos ocorreram parece incontroverso, sendo objeto de discussão apenas a questão da responsabilidade.

Por fim, não se pode olvidar que o juiz é de fato o destinatário das provas e possui discricionariedade para julgar se o caderno probatório constante dos autos é suficiente para o esclarecimento das questões discutidas, nos termos do art. 371, NCPC.

Diante de todas estas considerações, rejeito a preliminar de nulidade da sentença.

Em relação ao mérito, consigno que a responsabilidade civil da Administração Pública é disciplinada pela Constituição Federal, em seu art. 37, § 6.º, tendo o ordenamento jurídico pátrio adotado a teoria do risco administrativo, pela qual o ente público responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes, independente de culpa, reduzindo ou excluindo a sua obrigação nas hipóteses de caso fortuito, força maior, culpa concorrente ou exclusiva da vítima.

Por outro lado, é certo que, sobrevindo dano decorrente de omissão estatal, como é o caso dos autos, a responsabilidade torna-se subjetiva, havendo a necessidade de se perquirir a existência de dolo e/ou culpa pelo evento danoso (negligência, imperícia ou imprudência).

Em tal tipo de conduta, a responsabilização do Poder Público reclama, além do elemento culposo acima referido, a presença de nexo de causalidade com o resultado, pressupostos que entendo presentes no caso sob exame, senão vejamos.

Compulsando os autos, observo que constou do boletim de ocorência de f. 24-5 o seguinte:

> *"Que este investigador que subscreve juntamente com a investigadora Daiane do Setor de Investigação (SIG) nos deslocamos até a casa da acolhida, e lá foi coletado informações acerca do fato, e nos foi repassado que Sebastião Firmino da Silva fora levado até a casa da acolhida na data de 29/12/2018 durante o dia por uma conselheira cadeirante para deixá-lo lá até acharem os familiares, e estes absorverem o cidadão. Que, segundo o cuidador Sr. Valdir e o vigilante Sr. Briso a vítima foi deixada na casa da acolhida no penúltimo quarto do lado direito, e que este não tinha sido inserido no check list, pois os familiares iriam lá pegar ele, mas como a casa da acolhida funciona no sistema de plantão de 12 horas, no dia seguinte foi repassado a outra pessoa de plantão. Que, a irmã da vítima Sra. Sônia Firmino foi a casa da acolhida no dia seguinte na parte da tarde, mas como não haviam inserido o nome da vítima no check list, o plantonista cuidador Alexandre Francisco disse que lá não havia essa pessoa por nome de Sebastião Firmino, onde até verificou nos quartos que haviam pessoas, mas não verificou no último quarto, pois não tinha ninguém na lista que estaria naquele cômodo (...). Que, o corpo foi achado pela pessoa de Sebastião Aparecido da Silva, pessoa essa absorvida pela casa da acolhida, pois percebeu um cheiro forte, e foi verificar. Que, o perito constatou na perícia que a porta onde estava o corpo só é aberta pelo lado de fora (...)."*

Consta ainda do processado que o corpo do irmão das requerentes foi encontrado somente em 07.01.2019, em avançado estado de putrefação.

A conduta negligente da parte requerida, a meu ver, é cristalina, e reside no fato de não se ter registrado a entrada de Sebastião no estabelecimento, falta esta que levou os cuidadores da casa da acolhida a simplesmente ignorarem a presença do idoso no local e, certamente, conquanto não tenha dado causa à morte, impediu o falecido até de buscar socorro quando passou mal - eis que a porta do quarto só abria pelo lado de fora -, além de ter propiciado o abandono do seu corpo, só encontrado devido ao odor advindo do avançado estado de putrefação.

Não há como negar que o devido registro da entrada do *de cujus* na casa de acolhida permitiria encontrá-lo quando sua irmã foi ao estabelecimento a sua procura, e inclusive proporcionaria ao idoso que lhe fossem fornecidos os cuidados básicos, já que se trata de local que presta serviço público de acolhimento de indivíduo em situação de risco e desamparo.

O nexo direto de causalidade também é patente, porquanto as circunstâncias em que ocorreram os fatos, devidamente delineadas nos autos, são contundentes em demonstrar que a morte de Sebastião foi, no mínimo, possibilitada pela conduta omissiva do município em tentar socorrê-lo e, depois, pelo abandono do seu corpo, trancado em quarto, até a putrefação.

Neste momento cabe afastar a alegação do requerido acerca da necessidade de realização de perícia indireta, defendida inclusive para sustentar o pleito de anulação da sentença, pois no contexto dos autos não visualizo utilidade em se afirmar que o evento morte do idoso não teve relação com o abrigamento na casa de acolhida.

Por óbvio, o mero abrigamento, realmente, não levaria à morte do idoso, mas as particularidades do caso, como o fato de ter sido praticamente "esquecido" no quarto, de não ter recebido qualquer auxílio ou socorro, e sobretudo de se encontrar em cômodo em que a porta só se abria pelo lado de fora, tendo sido descoberto só após a putrefação, sem dúvida alguma, evidenciam a omissão do ente público e o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

Considerando apenas a causa da morte - infarto do miocárdio - apontada na certidão de óbito (f. 22), é de se reconhecer que o evento de fato poderia ocorrer em outras conjunturas, mas este fator não é o bastante para afastar a responsabilidade do município na hipótese, dadas as particularidades da situação em análise, como já explicitado.

Portanto, não há como negar que o município falhou em sua missão de vigiar e proteger a pessoa que abrigou em estabelecimento de sua responsabilidade, uma vez que, embora estivesse aguardando que o idoso fosse recolhido por sua família, aceitou deixá-lo em um dos cômodos da casa e, assim, assumiu a obrigação de zelar por seu bem-estar e segurança.

Em razão destes fatos, a condenação ao pagamento de indenização é medida que se impõe, sendo desnecessário justificar a efetiva configuração do dano moral *in casu*, eis que evidente diante da perda de um familiar, e também porque o município sequer insurgiu-se contra a efetiva caracterização do dano.

No que tange ao *quantum* indenizatório, matéria objeto do recurso da parte requerente, vejo que a pretensão recursal é para a sua majoração ao montante de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

O arbitramento de indenização por compensação de dano moral, como se sabe, consiste numa tarefa delicada, na medida em que o magistrado deve atentar-se à gravidade do dano, suas repercussões, bem como à função pedagógica do dever de reparar, a fim de evitar que a conduta lesiva seja novamente praticada pelo seu causador.

Mister, ainda, considerar a própria reprovação da conduta do agressor, mormente em casos de maior complexidade, como o ora analisado, que envolve a morte de um ente querido das vítimas, para que se possa aferir o *quantum* do ressarcimento da lesão no âmbito moral do ofendido, visando recompor o infortúnio suportado, sem levar ao enriquecimento sem causa da vítima.

O Superior Tribunal de Justiça[1] já entendeu que *"inexistindo critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, atendendo às peculiaridades do caso concreto"* e se posicionou[2] no sentido de que o *"quantum arbitrado pelo juiz a título de indenização por danos morais deve ser proporcional à ofensa, oscilando de acordo com os contornos fáticos e circunstanciais."*

Logo, consideradas todas as particularidades do caso, amplamente mencionadas, entendo que o valor arbitrado na sentença deve ser mantido - vinte e cinco salários mínimos para cada uma das autoras -, posto que não importa aumento patrimonial das requerentes, aparenta ser suficiente para desestimular a reincidência e busca, na medida do possível, reduzir a repercussão negativa do fato.

Ressalto que a pretensão recursal de majoração da referida verba na forma manifestada pelas demandantes apresenta-se descabida, por pleitearem montante excessivo, não se podendo perder de vista que a indenização dificilmente conseguirá compensar todo o sofrimento da vítima, principalmente em casos desta natureza, servindo o decreto de indenização como um lenitivo, que busca suavizar a dor e a angústia.

Acrescente-se, por fim, que em casos semelhantes, de perda de vida em decorrência de atos ilícitos praticados pelos entes públicos, as indenizações têm sido fixadas nestes mesmos patamares.

Portanto, mantenho o valor da indenização fixado em primeiro grau.

Por derradeiro, entendo que assiste razão às autoras quanto ao pedido de alteração do termo inicial de incidência dos juros de mora, porquanto nos casos de reparação por dano moral proveniente de ato ilícito de natureza extracontratual tais encargos fluem a partir do evento danoso, nos moldes da Súmula n.º 54, do STJ.

Posto isto, conheço de ambos os recursos de apelação, afasto a preliminar de nulidade da sentença, nego provimento ao recurso interposto pelo Município de Dourados e dou parcial provimento ao apelo da parte autora, apenas para determinar que os juros moratórios incidam a partir do evento danoso.

Ante a dupla derrota do ente público requerido, majoro os honorários advocatícios a serem por ele suportados, para 12% sobre o valor da condenação, à luz do que determina o art. 85, § 11, do CPC.

É como voto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar, negaram provimento ao recurso do Município de Dourados e deram parcial provimento ao recurso da parte autora, 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, 30 de abril de 2020.

***

1 AgRg-REsp 1.383.211; Proc. 2013/0140885-9; SC; Terceira Turma; Rel. Min. Sidnei Beneti; DJE 08/10/2013; p. 1460

2 EDcl-REsp 1.329.746; Proc. 2012/0126882-0; SC; Terceira Turma; Rel. Min. João Otávio de Noronha; DJE 12/12/2014.

2ª Câmara Cível
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson
Apelação/Remessa Necessária nº 0826719-46.2018.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO DE APELAÇÃO DO MUNICÍPIO RÉU EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA– PRELIMINAR DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE REJEITADA – MÉRITO – RESTRIÇÃO DE PERCEPÇÃO DE VERBA INDENIZATÓRIA (ALIMENTAÇÃO) EM VIRTUDE DE RECEBIMENTO DE GRATIFICAÇÃO OU ADICIONAL – RECEBIMENTO DE ADICIONAL DE PLANTÃO DE FORMA USUAL – VENCIMENTO BASE DE ATÉ 2 (DOIS) SALÁRIOS MÍNIMOS – DECRETO QUE DEVE SER AFASTADO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE SALARIAL – AFASTAMENTO DA VERBA HONORÁRIA EM REEXAME NECESSÁRIO – PRINCÍPIO DA SIMETRIA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE REJEITADA, RECURSO DO RÉU E REEXAME CONHECIDOS E EM PARTE PROVIDOS.

Ao contrário do alegado, extrai-se que o presente recurso de apelação devolve de maneira suficiente a matéria impugnada, permitindo sua compreensão pela parte recorrida e pelo julgador, consignando sua irresignação, com o objetivo de reforma da sentença.

Os servidores públicos não têm direito adquirido a regime de remuneração, mas à irredutibilidade de vencimentos, sendo possível a alteração da forma de composição de sua remuneração, desde que esta não importe em redução nominal de valores, sendo ao caso impositiva a determinação de reimplantação do pagamento da bolsa-alimentação a favor dos servidores públicos municipais representados pela associação autora que possuam vencimento base de até 2 (dois) salários mínimos.

Não se pode admitir que um decreto, que possui poder regulamentar, restrinja a percepção de verba de caráter indenizatório em razão do servidor auferir vantagem remuneratória denominada gratificação de plantão, que tem por objetivo *"indenizar o servidor pela execução de tarefas inerentes às atribuições da respectiva função, além da sua carga horária normal de trabalho, considerando a natureza do serviço prestado, as atribuições e o cansaço físico que o excesso de carga horária impõe (art. 110 da Lei Complementar nº 190/2011)."*

Em razão do princípio da simetria, descabe a condenação da parte requerida em ação civil pública ao pagamento de honorários advocatícios quando inexistente má-fé, da mesma forma como ocorre com a parte autora, por força do art. 18 da Lei 7.347/85. Precedente da Corte Especial (EAREsp 962.250/SP, DJe de 21/08/2018). (...). (EREsp 1319232/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 16/10/2019, DJe 30/10/2019)

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, afastaram a preliminar e deram parcial provimento ao apelo e ao reexame, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de abril de 2020.

Des. Marco André Nogueira Hanson

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

O Município de Campo Grande/MS, nos autos da ação civil pública proposta pelo Sindicato dos Funcionários e Servidores Municipais de Campo Grande/MS, inconformado com a sentença de parcial procedência dos pedidos da exordial, que o condenou na obrigação de restabelecer imediatamente o pagamento do bolsa-alimentação aos servidores municipais, que possuem vencimento base de até 2 (dois) salários mínimos, interpôs o presente recurso de apelação cível.

Alega que não houve redução de vencimentos, pois o Decreto Municipal nº 13.183/2017 justamente limita a cumulação de benefícios, destacando que o bolsa-alimentação, diferentemente do auxílio-alimentação, tem caráter assistencial.

Afirma que não há ilegalidade, inconstitucionalidade ou abuso de poder na regulamentação do Decreto Municipal 13.183/2017, o qual não alterou o fundamento da Lei Complementar 233/2014, qual seja, a necessidade de auferir até dois salários mínimos como vencimento base do cargo, mas apenas previu requisitos para o recebimento da verba.

Argumenta que a realização de plantões eventuais surge como uma forma de complementação salarial facultativa, não havendo falar em obrigatoriedade de sua realização.

Diz que não é cabível no caso sua condenação em honorários advocatícios, o que somente seria possível em caso de má-fé, o que não se constata nos autos.

Por fim, requer o provimento do recurso, a fim de que seja declarada a legalidade do Decreto nº 13.183/2017 ou, alternativamente, requer que seja restabelecido o benefício a partir da declaração de ilegalidade.

Às f. 535-540 foram apresentadas contrarrazões ao recurso, arguindo, preliminarmente, inadmissibilidade do recurso por afronta ao princípio da dialeticidade.

O apelante se manifestou acerca da preliminar arguida em contrarrazões às f. 565-569.

A PGJ manifestou nos autos (f. 811-815) e defendeu que não possui interesse em atuar neste recurso.

É o Relatório.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Conforme relatado, o Município de Campo Grande/MS, nos autos da ação civil pública proposta pelo Sindicato dos Funcionários e Servidores Municipais de Campo Grande/MS, inconformado com a sentença de parcial procedência dos pedidos da exordial, que o condenou na obrigação de restabelecer imediatamente o pagamento do bolsa-alimentação aos servidores municipais, que possuem vencimento base de até 2 (dois) salários mínimos, interpôs o presente recurso de apelação cível.

Preliminar contrarrecursal - Ausência de dialeticidade

Como é cediço, o recurso interposto pela parte deve ser dialético, isto é, necessita demonstrar, de forma clara, os fundamentos de fato e de direito de seu inconformismo, atacando indubitavelmente as razões da decisão proferida pelo Juízo singular.

Ao discorrer sobre o tema, Nelson Nery Junior ensina:

> *"O recurso deverá ser dialético, isto é, discursivo. O recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame da decisão, assim como os fundamentos de fato e de direito que embasariam o inconformismo do recorrente e, finalmente, o pedido da nova decisão."* (NERY JUNIOR, Nelson. Princípios fundamentais teoria geral dos recursos. 5. ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 149).

In casu, ao contrário do alegado, extrai-se que o presente recurso de apelação devolve de maneira suficiente a matéria impugnada, permitindo sua compreensão pela parte recorrida e também pelo julgador, consignando sua irresignação, com o objetivo de reforma da sentença.

Afasta-se, pois, a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade.

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.

Recurso de apelação do Município de Campo Grande e reexame necessário

Conforme relatado, o município demandado interpôs recurso de apelação objetivando a reforma da sentença, sob o argumento de que o decreto questionado provém da previsão legal que determina a regulamentação dos requisitos e critérios para o recebimento da bolsa-alimentação e, por isso, não pode ter sua aplicação afastada.

Aduziu que o Decreto Municipal n. 13.183/2017 não alterou o fundamento da Lei Complementar n. 233/2014, qual seja, a necessidade de auferir até dois salários mínimos como vencimento base do cargo, mas estabeleceu requisitos para o recebimento da verba.

Sustentou que, a despeito de a associação autora afirmar que os servidores de enfermagem, em decorrência da falta de pessoal, ordinariamente se submetem à realização de plantões em favor da municipalidade, não se pode olvidar que a realização de plantões eventuais surge como uma forma de complementação salarial facultativa.

Salientou que a percepção concomitante da gratificação de plantão e do auxílio-alimentação pelos servidores representados reforça o caráter isonômico de assistência social da verba, que se presta a amparar os servidores mais necessitados e que não possuem a possibilidade de complementação salarial estendida a estes servidores.

Argumentou que a sentença extrapola seus limites ao fundamentar-se na premissa de que o decreto *sub judice* fere a regra constitucional de irredutibilidade de vencimentos.

Ressaltou que não há ilegalidade, inconstitucionalidade ou abuso de poder ao regulamentar a bolsa-alimentação com critérios que equalizem seu caráter assistencial, desde que não haja a irredutibilidade de vencimentos, pelo que deve ser reformada a sentença que determina o pagamento indiscriminado do benefício.

Extrai-se dos autos que o sindicato demandante defende ser indevida a supressão da verba denominada bolsa alimentação, no valor de R$ 280,00 (duzentos e oitenta reais) a favor da categoria que representa e que possui vencimento base de até 2 (dois) salários mínimos, considerando a alteração da norma local quanto à seleção dos servidores beneficiados.

Em exame à legislação local que regula citada verba, verifica-se que o Decreto nº 12.884/2016, que regulamentou a Lei Complementar nº 233/2014 e alterou o artigo 196, inciso V, da Lei Complementar nº 190/2011, *in verbis*:

> *"Art. 1º Fica concedida bolsa-alimentação mensal, de caráter indenizatório, em razão do desempenho de suas atribuições, no valor de R$ 230,00 (duzentos e trinta reais), aos servidores públicos municipais* ***com vencimento base de até 2 (dois) salários mínimos****."* Destaquei.

Entretanto o Decreto Municipal nº 13.183, de 05 de junho de 2017, a municipalidade restringiu a concessão da referida verba, estabelecendo em seu art. 2º que:

> *"§ 2º Não terão direito ao benefício do caput os servidores que percebam os adicionais ou gratificações previstos no inciso II, do art. 86 e inciso VIII, do art. 95, da Lei Complementar n. 190, de 22/12/2011, no inciso IV do art. 24, e no inciso XVII, do art. 25, da Lei Complementar n. 199, de 4/4/2012."*

Diante deste cenário, os representados pelo sindicato apelante que, ordinariamente, recebem a verba denominada gratificação de plantão, acabaram deixando de perceber a verba denominada bolsa alimentação, a despeito de possuírem vencimento base até 2 (dois) salários mínimos.

Acerca do tema, a Constituição Federal estabelece, em seu art. 37, inc. XV, o princípio da irredutibilidade de vencimentos, o qual pressupõe a redução direta dos estipêndios funcionais pela diminuição pura e simples do valor nominal do total da remuneração ou pelo decréscimo do valor do salário-hora, seja pela redução da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária, seja pelo aumento da jornada de trabalho sem a correspondente retribuição remuneratória ou mesmo pela restrição por circunstancia que não se mostra transitória, como ocorre no caso, em razão da profissão dos servidores representados pela demandante.

Outrossim, em que pese a força normativa deste princípio, encontra-se pacificado na jurisprudência dos nossos Tribunais, o entendimento de que essa garantia não se estende ao sistema remuneratório, não tendo o servidor público, seja civil ou militar, direito adquirido a regime jurídico, sendo possível a alteração dos parâmetros legais para a fixação das vantagens, desde que daí não decorra a diminuição dos valores recebidos.

Neste sentido, confira-se a jurisprudência do STJ:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA – REGIME JURÍDICO – INSTITUIÇÃO DO SUBSÍDIO – OBSERVÂNCIA DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS – INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER AMPARADO.* ***I. Este Tribunal Superior possui jurisprudência firmada no sentido de não possuir o servidor público direito adquirido a regime jurídico, tampouco a regime de vencimentos ou de proventos, sendo possível à Administração promover alterações na composição remuneratória e nos critérios de cálculo, como extinguir, reduzir ou criar vantagens ou gratificações, instituindo, inclusive, o subsídio, desde que não haja diminuição no valor nominal global percebido, em respeito ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos (AgRg no RMS 30.304/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 16/05/2013, DJe 23/05/2013).*** *II. Embargos de declaração de Rafael Coldibelli Francisco recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. Provido o agravo regimental do Estado do Mato Grosso do Sul."* (EDcl no RMS 17.203/MS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/9/2015, DJe 1º/10/2015) Destaquei.

E que não destoa da jurisprudência da Suprema Corte:

> *"EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – SERVIDOR PÚBLICO MILITAR – AUXÍLIO-INVALIDEZ – REDUÇÃO – REMUNERAÇÃO – PRESERVAÇÃO DO VALOR NOMINAL – OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS – INOCORRÊNCIA. 1.* ***Não há direito adquirido a regime jurídico, sendo possível, portanto, a redução ou mesmo a supressão de gratificações ou outras parcelas remuneratórias, desde que preservado o valor nominal da remuneração.*** *Precedentes. 2. Para afirmar que houve redução da remuneração seria necessária a análise dos fatos e provas. Incide no caso a Súmula n. 279 deste Tribunal. Agravo regimental a que se nega provimento."* (RE 550.650-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJ 27.6.2008). Destaquei.

Na hipótese dos autos, entretanto, o declínio remuneratório mostrou-se evidente, já que a restrição ao percebimento da referida verba indenizatória decorreu do fato dos servidores perceberem a vantagem remuneratória denominada gratificação de plantão, sem que esteja evidenciado que esta tenha sofrido aumento.

Desta forma, como é pacífico o entendimento da jurisprudência pátria no sentido de que os servidores públicos não têm direito adquirido a regime de remuneração, mas à irredutibilidade de vencimentos, sendo possível a alteração da forma de composição de sua remuneração, desde que esta não importe em redução nominal de valores, ao caso deve ser determinada a reimplantação do pagamento da bolsa-alimentação a favor dos servidores públicos municipais representados pelo sindicato autor que possuam vencimento base de até 2 (dois) salários mínimos.

Como bem consignou a sentença recorrida, *"considerando que o decreto editado extrapolou seus limites e reduziu significativamente os vencimentos dos servidores da SESAU (f. 07), impõe-se a procedência do pedido para condenar o Município de Campo Grande na obrigação de restabelecer imediatamente o pagamento da bolsa-alimentação aos servidores municipais, representados pelo Sindicato Autor, que possuam vencimento base de até 2 (dois) salários mínimos, atendidos os requisitos da Lei Complementar nº 233/2014 (sic. f. 508-509)."*

A propósito:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE C/C COBRANÇA – TUTELA ANTECIPADA – SUPRESSÃO DE VANTAGEM PECUNIÁRIA DE SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – REENQUADRAMENTO – INAPLICABILIDADE DA VEDAÇÃO DO ART. 2º-B DA LEI Nº 9.494/97 – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE SALARIAL – RECURSO CONHECIDO E EM PARTE PROVIDO. I - Não se aplica a vedação do art. 2.º-B da Lei 9.494/1997 quando não se tratar de pedido de inclusão em folha de pagamento, mas sim de restabelecimento de vantagem na remuneração de servidor público. II - A antecipação dos efeitos da tutela precisa se firmar em prova apta a produzir ao julgador um juízo de verossimilhança que repouse em uma convicção de que o demandante merecerá prestação jurisdicional favorável, devendo o julgador concedê-la com prudência e muita cautela, mediante uma análise cuidadosa dos requisitos legais. III - É pacífico o entendimento da jurisprudência pátria de que os servidores públicos não têm direito adquirido a regime de remuneração, mas sim à irredutibilidade de vencimentos, sendo possível a alteração da forma de composição de sua remuneração, desde que esta não importe em redução nominal de valores."* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1410747-92.2015.8.12.0000, Ponta Porã, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 10/11/2015, p: 11/11/2015)

Ademais, cumpre consignar que não se pode admitir que um decreto, que possui poder regulamentar, restrinja a percepção de verba de caráter indenizatório em razão do servidor auferir vantagem remuneratória denominada gratificação de plantão, que tem por objetivo *"indenizar o servidor pela execução de tarefas inerentes às atribuições da respectiva função, além da sua carga horária normal de trabalho, considerando a natureza do serviço prestado, as atribuições e o cansaço físico que o excesso de carga horária impõe."* (Art. 110 da Lei Complementar nº 190/2011)

Isto porque, possuindo razões de existir distintas, criadas com o objetivo indenizatório, não podem anular-se, sendo temerária a legalidade da determinação exposta no Decreto nº 13.183, de 05 de junho de 2017, que incluiu o parágrafo 2º ao art. 1º, do Decreto n. 12.884, de 29 de abril de 2016.

Por outro lado, cumpre rechaçar a argumentação do município no sentido de que o direito alegado seria indevido porque o auxílio alimentação, por possuir natureza indenizatória, não pode ser incorporado à remuneração do servidor.

Na verdade, a controvérsia do presente processo não pleiteia qualquer incorporação, mas visa combater a supressão do pagamento da bolsa-alimentação aos servidores municipais, representados pelo Sindicato autor, que possuam vencimento base de até 2 (dois) salários mínimos, em razão de auferirem adicionais ou gratificações previstos no inciso II, do art. 86 e inciso VIII, do art. 95, da Lei Complementar n. 190/2011, no inciso IV do art. 24, e no inciso XVII, do art. 25, da Lei Complementar n. 199/2012.

Por fim, confira-se alguns julgados:

> *"EMENTA – DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – RESTAURAÇÃO DE VALORES INDEVIDAMENTES SUPRIMIDOS – TUTELA ANTECIPADA – POSSIBILIDADE – CONCESSÃO DE VANTAGENS – LEI*

MUNICIPAL – SUPRESSÃO DO DIREITO SEM NORMA PRÉVIA – IMPOSSIBILIDADE – AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. No que respeita à contrariedade da decisão questionada com o dispositivo inserto na lei 9.494/97, a qual disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, tenho que ela não merece amparo. A vedação legal diz respeito à reclassificação, à equiparação ou aumento salarial de servidores públicos. 2. Trata-se de restauração de valores indevidamente suprimidos dos vencimentos de servidora pública municipal, hipótese não abarcada pela referida legislação. 3. Diante da edição de lei local regulamentadora da implantação de vantagens aos seus servidores, ensejando ao percebimento do adicional por tempo de serviço, não se pode alterar os parâmetros legalmente definidos sob pena de ferimento ao princípio da legalidade. 4. Tanto é assim, que o ente público municipal ao implementar os benefícios aludidos pela Lei Estadual, o fez através da Lei Municipal n.º 1.574/89. Portanto, não poderia a municipalidade, sponte sua, suprimir direito concedido a servidor sem a edição de legislação para tal finalidade. 5. À unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso." (TJ/PE. AI nº 183059. Data de publicação: 25/08/2009)

"EMENTA – DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – RESTAURAÇÃO DE VALORES INDEVIDAMENTES SUPRIMIDOS – TUTELA ANTECIPADA – POSSIBILIDADE – CONCESSÃO DE VANTAGENS – LEI MUNICIPAL – SUPRESSÃO DO DIREITO SEM NORMA PRÉVIA – IMPOSSIBILIDADE – AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. No que respeita à contrariedade da decisão questionada com o dispositivo inserto na lei 9.494/97, a qual disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, tenho que ela não merece amparo. A vedação legal diz respeito à reclassificação, à equiparação ou aumento salarial de servidores públicos. 2. Trata-se de restauração de valores indevidamente suprimidos dos vencimentos de servidora pública municipal, hipótese não abarcada pela referida legislação. 3.Diante da edição de lei local regulamentadora da implção de vantagens aos seus servidores, ensejando ao percebimento do adicional por tempo de serviço, não se pode alterar os parâmetros legalmente definidos sob pena de ferimento ao princípio da legalidade. 4.Tanto é assim, que o ente público municipal ao implementar os benefícios aludidos pela Lei Estadual, o fez através da Lei Municipal n.º 1.574/89. Portanto, não poderia a municipalidade, sponte sua, suprimir direito concedido a servidor sem a edição de legislação para tal finalidade. 5.À unanimidade de votos, negou-se provimento ao recurso." (TJ/PE. AI nº 183055. Data de publicação: 16/06/2009)

Portanto, não assiste razão ao ente público municipal, impondo-se a manutenção da sentença recorrida neste aspecto, confirmando-se em remessa necessária o direito reconhecido pelo juízo *a quo* a favor dos associados à associação demandante.

Destaco, ainda, que a condenação foi no sentido de que o benefício fosse restabelecido imediatamente, logo, não houve determinação de que fossem pagas verbas retroativas, devendo ser observado a tutela de urgência deferida às f. 270-273, a qual já foi objeto de recurso a esta Câmara Cível (AI nº 1412754-52.2018.8.12.0000).

Por outro lado, no que tange a verba sucumbencial, conforme manifestação exposta pelo município, deve ser afastada a sua condenação ao pagamento de honorários advocatícios, por suposta impossibilidade de fixação destes em ação civil pública, salvo comprovada má-fé.

Sobre a matéria, em recente julgamento, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, uniformizando a jurisprudência dos órgãos fracionários do Tribunal, consolidou o entendimento de que, em razão do princípio da simetria, descabe a condenação da parte requerida em ação civil pública ao pagamento de honorários advocatícios quando inexistente má-fé, da mesma forma como ocorre com a parte autora, por força do que dispõe o art. 18 da Lei 7.347/85.

Sobre a matéria, confira-se o referido precedente da Corte Especial do STJ:

> *"(...) deve-se privilegiar, no âmbito desta Corte Especial, o entendimento dos órgãos fracionários deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, em razão da simetria, descabe a condenação em honorários advocatícios da parte requerida em ação civil pública, quando inexistente má-fé, de igual sorte como ocorre com a parte autora, por força da aplicação do art. 18 da Lei n. 7.347/1985. 6. Embargos de divergência a que se nega provimento."* (EAREsp 962.250/SP, Corte Especial, julgado em 15/08/2018, DJe 21/08/2018)

E que não destoa de outro julgado da Corte Superior:

> *"EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CÉDULAS DE CRÉDITO RURAL – CORREÇÃO MONETÁRIA – MARÇO DE 1990 – PROCEDÊNCIA – CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, DO BANCO CENTRAL DO BRASIL E DA UNIÃO FEDERAL – JUROS DE MORA – TAXA APLICÁVEL – CONDENAÇÃO DE NATUREZA NÃO-TRIBUTÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – ARTIGO 1º-F DA LEI 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009 – ÍNDICE OFICIAL DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA – APLICAÇÃO IMEDIATA – IRRETROATIVIDADE – EFEITOS DO RECURSO – EXTENSÃO AO BACEN – CONDENAÇÃO DOS RÉUS AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DESCABIMENTO – JURISPRUDÊNCIA DA CORTE ESPECIAL. (...)* ***8. Em razão do princípio da simetria, descabe a condenação da parte requerida em ação civil pública ao pagamento de honorários advocatícios quando inexistente má-fé, da mesma forma como ocorre com a parte autora, por força do art. 18 da Lei 7.347/85. Precedente da Corte Especial (EAREsp 962.250/SP, DJe de 21/08/2018).*** *(...)."* (EREsp 1319232/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, julgado em 16/10/2019, DJe 30/10/2019). (G.n.)

Assim, em reexame obrigatório do julgado, impõe-se afastar a condenação do município demandado ao pagamento de honorários de sucumbência, considerando a ausência de má-fé de qualquer das partes.

Dispositivo final

Ante o exposto, conheço do reexame e do recurso de apelação interposto pelo Município de Campo Grande e dou-lhes parcial provimento, apenas para afastar do ente público demandado a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência, pelos fundamentos supra declinados, mantendo-se, no mais, a sentença recorrida como proferida. Sem honorários recursais.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar e deram parcial provimento ao apelo e ao reexame, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

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, 16 de abril de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson
Apelação Cível/Remessa Necessária nº 0800788-66.2017.8.12.0004 – Amambai

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO DE OFÍCIO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – DISPONIBILIZAÇÃO DE PROFESSOR DE APOIO – OBRIGAÇÃO DO ENTE PÚBLICO ESTADUAL – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Reexame necessário conhecido de ofício, nos termos da Súmula 490 do Superior Tribunal de Justiça e art. 496 do CPC, porquanto se trata de sentença ilíquida.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER – DISPONIBILIZAÇÃO DE PROFESSOR DE APOIO EM SALA DE AULA PARA ALUNO PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS – NECESSIDADE COMPROVADA – DIREITO À EDUCAÇÃO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE – IMPOSSIBILIDADE DE LIMITAÇÃO TEMPORAL – INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SEGURANÇA JURÍDICA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

É dever do Estado disponibilizar atendimento educacional especializado aos alunos que demandam necessidades especiais.

Apesar de o texto da Lei nº 13.146/2015 determinar que o portador de necessidades especiais tem direito tão somente ao profissional de apoio escolar, a interpretação acerca de quais funções devem ser exercidas por este profissional não pode ser restrita, devendo ser analisada caso a caso, até porque, como já dito, a finalidade da referida norma é a inclusão dos alunos especiais e classes regulares.

Caso concreto em que o aluno, portador de retardo mental leve não foi alfabetizado, necessitando, assim, de professor de apoio que trabalhe na oralidade, desenvolvendo as atividades ministradas pelos professores regentes de cada disciplina, fazendo com que possa compreender, sem prejuízo em sua aprendizagem.

O apoio individualizado, por óbvio, será acompanhado e terá o respaldo em parecer que aponte a real necessidade de continuidade da medida, pois o direito reconhecido nesta ação deve ser garantido enquanto permanecer na instituição escolar e se fizer necessário em razão da doença que acomete o autor, não havendo falar em ofensa a segurança jurídica.

RECURSO VOLUNTÁRIO DA PARTE AUTORA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS À DEFENSORIA PÚBLICA – ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – CONFUSÃO – ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO E NA SÚMULA N. 421 DO STJ – VERBA NÃO DEVIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

A teor do que dispõe a Súmula 421 do STJ, os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença. *"Também não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público que integra a mesma Fazenda Pública."* (REsp 1199715/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, julgado em 16/02/2011, DJe 12/04/2011).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por maioria e de acordo com o artigo 942 do CPC, com o parecer, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator, vencido o 2º Vogal, que lhes dava provimento.

Campo Grande, 26 de maio de 2020.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, nos autos da ação de obrigação de fazer que Weslly Nunes Silveira promove em desfavor Estado de Mato Grosso do Sul, inconformada com parte da sentença, que deixou de condenar o Estado de Mato Grosso do Sul no pagamento de honorários, interpôs recurso de apelação cível.

Afirma que a concepção exposta na Súmula 421 do Superior Tribunal de Justiça parte da premissa de que a Defensoria Pública seria um órgão subordinado do Estado ou da União, sem qualquer autonomia, ou seja, parte-se do pressuposto de que os recursos seriam verbas do Estado ou da União que apenas decide repassá-las ou não à Instituição, tal qual fosse uma Secretaria ou Ministério, o que não corresponde ao seu atual enquadramento constitucional.

Aduz que que a Súmula 421 do Superior Tribunal de Justiça não mais se compatibiliza com a Constituição da República, tendo o Supremo Tribunal Federal, em decisão de lavra do Ministro Gilmar Mendes, no bojo da Ação Rescisória n. 1.937/DF, no dia 02 de fevereiro de 2017, condenado a União ao pagamento de honorários a ser recolhido em favor do fundo da Defensoria Pública da União.

Alega que a isenção das custas processuais não abrange honorários de sucumbência e, ainda, que, no caso em apreço, não se confundem as pessoas do credor e do devedor, não havendo falar em confusão, o que determina o arbitramento de honorários pleiteado, observadas as disposições do artigo 85 e seus parágrafos do Código de Processo Civil.

Ao final, prequestiona diversos artigos legais e pugna pelo provimento do recurso para o fim de condenar o Estado de Mato Grosso do Sul no pagamento de honorários de sucumbência e, ainda, o consequente arbitramento de honorários recursais.

O Estado de Mato Grosso do Sul apresentou contrarrazões (f. 204-213), pugnando pelo desprovimento do apelo da Defensoria, mas também interpôs recurso de apelação (f. 214-225).

Pugnou, preliminarmente, pela concessão de efeito suspensivo ao recurso, alegando a existência de relevante fundamentação e probabilidade de provimento desta apelação e, ainda, risco de grave dano.

Aduziu que, a despeito da fundamentação do juízo sentenciante, não se pode dar interpretação ampliativa à legislação que rege a disponibilização de professor de apoio àqueles que se tratam de portadores de necessidades especiais, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

Dispôs que o atendimento por profissional de apoio (ou itinerante) está previsto no art. 10, inciso VI da Resolução n. 4/2009 da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, que institui Diretrizes Operacionais para o Atendimento Educacional Especializado na Educação Básica, modalidade Educação Especial.

Consignou que o parecer emitido pelo NUESP (f. 33-34), demonstrou-se desfavorável à pretensão do autor, *"pois o estudante não apresenta necessidades que justifique a presença de um professor de apoio, sendo elencado para atendimento na Sala de Recursos Multifuncional."*

Destacou que o art. 4º da Resolução n. 4/2009 da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação dispõe de forma expressa sobre o público alvo que dispõe deste atendimento especializado e que o objetivo do Ministério Público no sentido de que seja concedido professor de apoio ao autor para acompanhamento pedagógico não se enquadra nas finalidades da normativa.

Mencionou que no mesmo sentido segue o art. 3º, inc. XIII, da Lei n.º 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) e a Nota Técnica 19/2010 do MEC/SEESP/GAG, de 08 de setembro de 2010, que dispõe acerca dos profissionais de apoio para alunos com deficiência e transtornos globais do desenvolvimento matriculados nas escolas comuns da rede pública de ensino.

Invocou, ainda, a Nota Técnica 24/13 do MEC/SECADI/DPEE, de 21 de março de 2013, que dispõe acerca dos serviços prestados pelo profissional de apoio individualizado.

Declinou que não obstante o pleno acesso seja um objetivo constitucional e legal, deve ser concretizado a partir do previsto na legislação e na política pública de educação vigente, prevendo a legislação como mecanismo para reforço no acompanhamento pedagógico de alunos que o necessitem, o Atendimento Educacional Especializado AEE, o qual se concretiza, prioritariamente, na sala de recursos multifuncionais da própria escola em horário diferenciado das aulas regulares do educando.

Sustentou que se deve considerar que o atual paradigma com relação aos portadores de necessidades especiais é a inclusão, buscando-se desenvolver a autonomia e independência do aluno, de tal forma que ele seja auxiliado apenas naquelas atividades em que o apoio seja imprescindível, utilizando-se de mecanismos que promovam adaptações razoáveis, de acordo com as necessidades individuais.

Enfatizou que o art. 28 da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei n.º 13.146/2015) prevê diversas formas de inclusão da pessoa portadora de necessidades especiais no ambiente escolar, sendo o fornecimento de apoio individualizado apenas uma delas e medida que, conforme defende, não se mostra indicada para a hipótese destes autos.

Assim, requer a reforma da decisão proferida na instância de origem, de modo a julgar improcedentes os pedidos postos na inicial.

Subsidiariamente, pugnou pela limitação temporal do apoio individualizado, com respaldo em parecer que aponte real necessidade de continuidade da medida pelos técnicos do Núcleo de Educação Especial (NUESP), sob pena do comando judicial criar uma situação de insegurança jurídica e imprecisão da obrigação imposta ao Estado, em prejuízo de seu planejamento financeiro.

A parte apelada apresentou reposta ao recurso (f. 228-235), pugnando pela manutenção da sentença recorrida.

Ante a imprescindibilidade da intervenção ministerial, a PGJ apresentou parecer (f. 244-253) e opinou pelo não provimento do recurso de apelação do Estado de Mato Grosso do Sul.

VOTO (EM 17/03/2020)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Conforme relatado, Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul e o Estado de Mato Grosso do Sul inconformados com a sentença proferida nos autos da ação de obrigação de fazer ajuizada por Weslly Nunes Silveira, interpuseram recurso de apelação cível.

Necessidade de reexame de sentença

Saliente-se, de início, que, apesar de o juízo singular ter dispensado o reexame necessário da sentença, a sentença deve ser necessariamente reexaminada por este Tribunal, ainda que de ofício.

Isto porque, a sentença proferida em primeiro grau é ilíquida e, a teor do que dispõe o art. 496 do vigente CPC, por isso, deve ser objeto de recurso obrigatório para surtir eficácia.

Desta forma, afigura-se imprescindível proceder ao reexame necessário, perspectiva esta que se afigura consonante com o Enunciado nº 490 da súmula do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *"A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas."* (Súmula 490, Corte Especial, julgado em 28/06/2012, DJe 01/08/2012)

Logo, impõe-se reexaminar a sentença de ofício.

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, conforme relatado, o Estado de Mato Grosso do Sul pugnou pela atribuição de efeito suspensivo ao recurso, alegando a existência de relevante fundamentação, bem como probabilidade de provimento desta apelação e, ainda, risco de grave dano.

Com efeito, ao contrário da argumentação do ente público demandado, não se evidencia no caso dos autos os requisitos legais para obstar a eficácia do *decisum* recorrido, proferido a favor da parte demandante, levando-se em conta a confirmação da tutela de urgência deferida em primeira instância e, inclusive, ratificada em grau recursal, *in verbis*:

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA – DISPONIBILIZAÇÃO DE PROFESSOR DE APOIO A FAVOR DO DEMANDANTE – AGRAVADO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA MENTAL – TUTELA PROVISÓRIA MANTIDA – PROBABILIDADE DO DIREITO E PERIGO DE DANO DEMONSTRADOS – MULTA COMINATÓRIA MANTIDA – TERMO FINAL FIXADO – 30 (TRINTA) DIAS – RECURSO CONHECIDO E EM PARTE PROVIDO COM O PARECER DA PGJ. I - A antecipação da tutela devem ser preenchidos os requisitos do artigo 300 do Novo Código de Processo Civil, in verbis: 'A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo'. O deferimento da tutela de urgência exige condição excepcional, consubstanciada na evidência do direito pretendido, cercado de elementos probatórios seguros e sobre os quais não existam dúvidas, elementos estes que se evidenciaram no caso concreto, ensejando o deferimento da medida. II - É permitida multa coercitiva contra a Fazenda Pública, objetivando coagir o ente público a cumprir obrigação que deve ser imediatamente executada, para que a ordem judicial não perca a natureza compulsória."* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1408821-08.2017.8.12.0000, Amambai, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marco André Nogueira Hanson, j: 06/11/2017, p: 20/11/2017)

Desta forma, nego o pedido de concessão de efeito suspensivo ao apelo do Estado de Mato Grosso do Sul, sendo que os recursos de apelação interpostos nestes autos detêm somente efeito devolutivo (inc. V art. 1.012 do CPC), e tendo em vista que se encontram presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço dos recursos e passo à análise de suas razões.

Recurso de apelação do Estado de MS e reexame necessário

A discussão nos autos cinge-se em saber se possui o apelante a obrigação ou não de disponibilizar ao autor, ora apelado, um professor auxiliar para atendimento educacional individualizado.

Extrai-se dos autos que o autor, nascido em 09/05/2006, ajuizou a demanda com o objetivo de compelir do Estado de Mato Grosso do Sul a lhe disponibilizar professor de apoio para prestar atendimento contínuo em sala de aula, em razão de possuir retardo mental moderado, CID-10 : F71, necessitando, por isso, de auxílio diferenciado em sua alfabetização.

Segundo o juízo sentenciante, *"no caso em comento, estão presentes os requisitos para atendimento do direito vindicado pelo autor, tendo em vista que, dos documentos carreados aos autos, depreende-se que este é portador de retardo mental moderado (f. 19-20), necessitando de acompanhamento especializado por professor de apoio. Além disso, o relatório psicológico de f. 25-29, é conclusivo no sentido da necessidade de auxílio na complementação da alfabetização, por meio de professor de apoio. Comprovada, deste modo, a dificuldade de aprendizado do infante é imprescindível a presença de monitor, para o desenvolvimento educacional eficiente do menor (f. 186)."*

Sobre a matéria controvertida, não se pode olvidar que o acesso do portador de necessidades especiais ao aprendizado na rede regular de ensino tem *status* constitucional, vez que o inciso III, do artigo 208, da Constituição Federal impõe ao Estado o dever de garantir o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino.

Ademais, no campo infraconstitucional, a Lei nº 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), garante às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício do direito à educação, que, no caso, requer acompanhamento especializado, com a oferta de profissionais de apoio escolar (artigos 27 a 30 de referida Lei e art. 208, CF/88).

O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

> *"(...)*
>
> *III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; (...)."*

O Estatuto da Criança e do Adolescente também trata de forma expressa desse dever do Estado, em seu artigo 54, inciso III. Senão vejamos:

> *"Art. 54 - É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:*
>
> *(...)*
>
> *III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino."*

E por fim, a Lei nº 9.394/96, que dispõe acerca das Diretrizes e Bases da Educação, determina que:

> *"Art. 4º. O Dever do Estado com a educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de*
>
> *III – atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino;*
>
> *Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com necessidades especiais:*
>
> *III – professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns."*

Diante disso, verifica-se a existência de legislações expressas que confirmam o dever do Estado em disponibilizar atendimento educacional especializado aos alunos que demandam necessidades especiais.

Até porque a inclusão de alunos especiais em classe regular é válida desde que proporcionem a estes a convivência e desenvolvimento igualitários, haja vista que o ensino com tais adjetivações, visa prepará-los para angariarem conhecimentos válidos, capazes de proporcionar o desenvolvimento de todas as suas potencialidades e a inserção no meio escolar e social, e para tanto carecem de professores qualificados pedagogicamente para lidarem com as peculiaridades que a questão impulsiona.

Vale registrar que o atestado médico juntado à f. 19-20, subscrito por médica neurologista e psiquiatra, comprovou que o demandante, menor impúbere, nascido e, 09/05/2006, possui retardo mental moderado e que, apesar de ter sido submetido a várias terapias, não foi afalbetizado e tem grande dificuldade de expressão verbal.

Ademais, o relatório psicológico de f. 25-29, é conclusivo no sentido da necessidade de auxílio na complementação da alfabetização, por meio de professor de apoio, considerando a dificuldade de aprendizado do infante.

O professor de apoio solicitado possui regramento na Lei nº 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, *in verbis*:

> *"Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)*
>
> *§ 1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.*
>
> *§ 2º O atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular.*
>
> *§ 3º A oferta de educação especial, nos termos do caput deste artigo, tem início na educação infantil e estende-se ao longo da vida, observados o inciso III do art. 4º e o parágrafo único do art. 60 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.632, de 2018)*
>
> *Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação: (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)*
>
> *(...)*
>
> *III - professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns; (...)."*

Desse modo, a situação narrada evidencia a imprescindibilidade do acompanhamento da criança por professor de apoio, já que o demandante demonstrou ser um educando com deficiência, com transtorno global do desenvolvimento.

Em conclusão, como bem declinou o i. Parecer ministerial, *"considerando que o Estado tem o dever constitucional de garantir a observância do direito à educação e que a disponibilização de apoio educacional especializado se revela como medida imprescindível para o acesso do apelado Weslly Nunes Silveira ao ensino (f. 252)."*

Cumpre consignar que, não obstante o texto da Lei nº 13.146/2015 determine que o portador de necessidades especiais tenha direito tão somente ao profissional de apoio escolar, a interpretação acerca de quais funções devem ser exercidas por este profissional não pode ser restrita, devendo ser analisada caso a caso, até porque, como já dito, a finalidade da referida norma é a inclusão dos alunos especiais e classes regulares.

Dessa forma, no caso específico dos autos, de nada adiantaria a disponibilização de um simples cuidador para auxílio do aluno durante sua jornada escolar, limitada à ajuda com suas necessidades com alimentação, higiene e locomoção, sem função educadora.

Desta forma, em razão das especificidades de cada caso, a interpretação sobre o que vem a ser o profissional de apoio não deve ser engessada, mas considerada de forma ampla, levando-se em conta a educação inclusiva.

Isto porque, ao mesmo tempo que o ordenamento jurídico a princípio delimita a atuação do profissional de apoio a atividades não pedagógicas (a exemplo o trecho inicial do inciso XIII, art. 3º do Estatuto da pessoa com deficiência), o conceito é ampliado quando descreve estes profissionais para assegurar as condições necessárias de pleno acesso, participação e aprendizagem dos estudantes com deficiência e transtornos globais de desenvolvimento, em todas as atividades desenvolvidas, observados os marcos legais, políticos e pedagógicos.

Logo, se a intenção do legislador é, justamente, conferir amplo acesso à educação àqueles que possuem deficiência mental, por consequência lógica a tarefa do profissional de apoio não é limitada às atividades não pedagógicas.

Em casos análogos, confira-se precedentes deste e. Tribunal de Justiça:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA DE OFÍCIO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER – MENOR PORTADORA DE SÍNDROME DE DOWN – NECESSIDADE DE PROFESSOR DE APOIO PARA ACOMPANHAMENTO EDUCACIONAL – DIREITO À EDUCAÇÃO ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE – FIXAÇÃO DE ASTREINTES PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL – POSSIBILIDADE – ISENÇÃO DAS CUSTAS – IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS – ARTIGO 128, § 5.º, INCISO II, ALÍNEA 'A', DA CF – RECURSOS DESPROVIDOS. Tratando-se de sentença ilíquida, conheço de ofício do reexame necessário, nos termos da Súmula 490 do STJ. Nos termos do artigo 208, inciso III, da Constituição Federal, é dever do Estado prestar atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino. 'As astreintes têm caráter sancionatório-coercitivo e seu objetivo é assegurar a efetividade das decisões judiciais e compelir o devedor a cumprir exação imposta em sede de antecipação de tutela ou em sentença, no processo de conhecimento ou no cautelar'. (Apelação nº 0001188-14.2012.8.12.0029, Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, j., 9 de julho de 2013) A Fazenda Pública Estadual e Municipal são isentas do pagamento das custas processuais remanescentes, nos termos do art. 24, inciso I, da Lei Estadual n. 3.779, de 11 de novembro de 2009 (Regimento de Custas Judiciais Estadual). Nas ações em que a parte vencedora for o Ministério Público, não é cabível a fixação de honorários, na forma do artigo 128, § 5.º, inciso II, alínea 'a', da CF."* (TJMS. Apelação n. 0900012-38.2017.8.12.0016, Mundo Novo, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 17/07/2018, p: 26/07/2018)

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA – PEDIDO DE CONTRATAÇÃO DE PROFESSOR AUXILIAR EM SALA DE AULA – MENOR QUE APRESENTA TRANSTORNO BIPOLAR E TRANSTORNO HIPERCINÉTICO, COM EPISÓDIOS DE AGRESSIVIDADE – NECESSIDADE DEMONSTRADA – LIMITAÇÃO TEMPORAL PARA A DISPONIBILIZAÇÃO DO PROFESSOR DE APOIO – NECESSIDADE – 1 ANO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Havendo provas de que o menor substituído necessita de professor de apoio em sala de aula para a efetivação de seu direito à educação, mantém-se a sentença que julgou procedente o pedido. Faz-se necessário a limitação da disponibilização do professor de apoio pelo prazo de 1 ano."* (TJMS. Apelação n. 0800169-49.2017.8.12.0033, Eldorado, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 14/02/2019, p: 18/02/2019)

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DECISÃO QUE DEFERIU A TUTELA DE URGÊNCIA PLEITEADA – PRELIMINAR DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA QUANTO AO PEDIDO DE AFASTAMENTO DA MULTA COMINATÓRIA – AFASTADA. Não há que se falar em não cabimento do agravo de instrumento por supressão de instância na parte em que discute a multa cominatória, tendo em vista que a imposição da multa pelo juiz de primeiro grau é medida acessória para efetivar o cumprimento da tutela de urgência. Preliminar afastada. Preliminar de não cabimento do agravo para discutir a ilegitimidade passiva. Rejeitada. É cabível a discussão sobre legitimidade de parte em agravo de instrumento se a decisão atacada versa sobre tutela provisória destinada a obrigar o Estado a implementar diversas políticas públicas na área de educação, de modo que a sua responsabilidade é pressuposto para a concessão da medida de urgência. Preliminar de ilegitimidade passiva. Rejeitada. Se há lei regulamentadora que restringe a atuação do Estado apenas à descentralização dos serviços, deve ficar comprovado nos autos a efetivação de sua obrigação, devendo ser rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva, mormente porque a Lei Estadual n. 4.237/2012 determina a cooperação entre os diversos setores do Poder Público e organizações da sociedade."

"REQUISITOS PARA A TUTELA PROVISÓRIA PRESENTES – OBRIGAÇÃO DE ELABORAÇÃO DE PLANO EDUCACIONAL E AÇÕES DE SAÚDE ESPECÍFICOS PARA CRIANÇAS PORTADORAS DE SÍNDROME DE DOWN – OBRIGAÇÃO IMPOSTA PELA LEI N. 13.146/2015 – PERICULUM IN MORA – NECESSIDADE DE CRIANÇA E ADOLESCENTE QUE NÃO PODE AGUARDAR O TRAMITE DA DEMANDA – CABIMENTO DE MULTA COMINATÓRIA EM FACE DO ESTADO – RECURSO IMPROVIDO. - Deve ser mantida a decisão interlocutória que deferiu a tutela de urgência pleiteada em ação civil pública para desenvolvimento de projeto de políticas públicas educacionais, de saúde e assistência social para atendimento de portadores de Síndrome de Down se demonstrada a omissão do poder público no cumprimento da legislação vigente e o periculum in mora, tendo em vista a premência da necessidade das crianças e adolescentes e as implicações de tal omissão para o desenvolvimento de cada uma delas. - As astreintes têm caráter sancionatório-coercitivo, não são indenizatórias e sua finalidade é intimidar e constranger o devedor a cumprir a determinação judicial que impôs uma obrigação de fazer ou não fazer, ou de um dever de abstenção, que deve ser imediatamente cumprida pelo sujeito passivo da relação processual. Recurso conhecido e improvido, com o parecer, após afastada a preliminar de supressão de instância e de ilegitimidade passiva." (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1406881-71.2018.8.12.0000, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Dorival Renato Pavan, j: 30/01/2019, p: 31/01/2019)

Portanto, não prospera a pretensão recursal do Estado de Mato Grosso do Sul a fim de que seja julgado improcedente o pleito autoral.

Outrossim, quanto ao pleito subsidiário, melhor sorte não socorre o apelo interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, pois defeso impor-se uma limitação temporal à tutela cominatória deferida a favor do autor.

Isto porque o apoio individualizado, por óbvio, será acompanhado e terá o respaldo em parecer que aponte a real necessidade de continuidade da medida, pois o direito reconhecido nesta ação deve ser garantido enquanto permanecer na instituição escolar e se fizer necessário em razão da doença que acomete o autor, não havendo falar em ofensa a segurança jurídica.

Do recurso voluntário da Defensoria Pública

A controvérsia recursal devolvida à apreciação a este órgão colegiado pela Defensoria Pública cinge-se em saber se é possível condenar o Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais a favor desta, cuja matéria já foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de julgamento de recurso repetitivo.

Como cediço, a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo aos Estados legislar sobre sua organização.

No Estado de Mato Grosso do Sul foi criada e instalada a Defensoria Pública, sendo seu aperfeiçoamento regulamentado por intermédio da Lei Complementar Estadual nº 94, de 26 de dezembro de 2001, e seu artigo 4.º alterou a redação do art. 205, da Lei Complementar n.º 51, de 30 de agosto de 1990, que passou a vigorar com a seguinte redação:

> *"Art. 205. Fica instituído, no âmbito da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, o Fundo Especial para Desenvolvimento das Atividades do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – FUNADEP, destinado a prover recursos para o aprimoramento profissional e cultural dos membros da Defensoria Pública, de seus auxiliares e servidores, bem como para a construção, a aquisição de instalações e equipamentos, o reaparelhamento e a manutenção dos órgãos de atuação, a ser constituído das importâncias arrecadadas a título de honorários de sucumbência devidos à Defensoria Pública."*

Desta forma, os honorários advocatícios provenientes da aplicação do princípio da sucumbência de ação com assistência judiciária patrocinadas por integrantes da Defensoria Pública constituem recursos financeiros do Fundo Especial para Desenvolvimento das Atividades do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Defensoria Pública do Estado, com objetivo de apoiar programas de trabalho desenvolvidos pela defensoria e não ao Defensor Público pessoalmente, que é remunerado por subsídio.

Entretanto, há fato impeditivo de tal pagamento em relação ao Estado, ente político que mantém e remunera a Defensoria Pública. Sendo a Defensoria Pública integrante de pessoa jurídica de direito público diversa daquela contra a qual atua, não há coincidência das características de credor e de devedor em uma mesma pessoa, ou seja, a confusão.

Aliás, esse posicionamento ensejou a edição da Súmula 421, do STJ, com o seguinte teor: *"Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público a qual pertença."*

Não fosse isso, em sede de julgamento de recurso especial repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça, consolidou entendimento no mesmo sentido, concluindo que *"não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público que integra a mesma Fazenda Pública."*

Confira-se a ementa do julgado:

> *"ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA REPETITIVA – RIOPREVIDÊNCIA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PAGAMENTO EM FAVOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – NÃO CABIMENTO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. 'Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença' (Súmula 421/STJ). 2. Também não são devidos honorários advocatícios à Defensoria Pública quando ela atua contra pessoa jurídica de direito público que integra a mesma Fazenda Pública. 3. Recurso especial conhecido e provido, para excluir da condenação imposta ao recorrente o pagamento de honorários advocatícios."* (REsp 1199715/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, julgado em 16/02/2011, DJe 12/04/2011)

Outrossim, em relação ao julgamento da Ação Rescisória nº 1.937/DF, de 02 de fevereiro de 2017, que condenou a União ao pagamento de honorários em favor da Defensoria Pública da União, destaco que essa matéria ainda não foi decidida em sede de recurso representativo da controvérsia, em que pese o reconhecimento do tema como de repercussão geral no RE n. 1.140.005/RJ, de modo que até que a matéria seja novamente discutida e definida pelo referido órgão de superposição, permanece o entendimento já sedimentado perante o Superior Tribunal de Justiça.

Dessa forma, ao menos até um juízo definitivo sobre o tema, entendo que deva prevalecer o entendimento de que a Defensoria Pública, como órgão integrante do Poder Executivo, embora receba dotação orçamentária

própria, não tem como receber honorários advocatícios quando a parte contrária é o próprio Estado de Mato Grosso do Sul, gerando confusão entre credor e devedor, o que impõe a manutenção do acórdão que deixou de condenar o Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de honorários advocatícios.

Ou seja, o precedente do Supremo Tribunal Federal (Rescisória nº 1.937/DF) indicado pela apelante não socorre sua pretensão, porquanto não possui observância obrigatória e, ainda, não tem o condão de suplantar entendimento firmado em súmula pelo Superior Tribunal de Justiça, a quem é delegado o controle da legislação infraconstitucional (art. 105 da CF).

Até porque, de fato, ao Superior Tribunal de Justiça, guardião da ordem jurídica federal, é que incumbe a interpretação da legislação infraconstitucional.

Assim, não merece reparos a sentença de primeiro grau nesse aspecto.

Prequestionamento

No que tange aos artigos prequestionados, entendo desnecessária manifestação adicional, uma vez que o presente acórdão resolve integralmente e de forma fundamentada a matéria que interessa ao correto julgamento da lide.

Dispositivo

Pelo exposto, conheço de ofício do reexame necessário do julgado, bem como dos apelos interpostos pelo Estado de Mato Grosso do Sul e pela Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, mas nego-lhes provimento, ratificando a sentença.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Nélio), após o relator negar provimento aos apelos voluntários e confirmar a sentença, em reexame, suscitado de ofício. O 1º vogal aguarda.

VOTO (EM 26/05/2020)

O Sr. Des. Nélio Stábile. (2º Vogal)

Peço vênia ao Eminente Desembargador Relator para discordar de seu entendimento e votar de forma parcialmente divergente quanto ao recurso do Estado de Mato Grosso do Sul.

O apelante Estado de Mato Grosso do Sul requer o provimento deste recurso para o fim de reformar Sentença que julgou procedente os pedidos iniciais condenando-o a disponibilizar ao apelado, de forma permanente, professor de apoio para acompanhamento educacional. Para isso, aduz que a despeito da fundamentação do juízo sentenciante, não se pode dar interpretação ampliativa à legislação que rege a disponibilização de professor de apoio àqueles que se tratam de portadores de necessidades especiais, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

Aduz, também, que o atendimento por profissional de apoio (ou itinerante) está previsto no art. 10, inciso VI da Resolução n. 4/2009 da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, que institui Diretrizes Operacionais para o Atendimento Educacional Especializado na Educação Básica, na modalidade Educação Especial, sendo a disponibilização de professor de apoio em ambiente escolar não indicada para o caso do menor o qual, ao que tudo indica, não apresenta necessidade de auxílio para atividades de higiene, alimentação e locomoção.

Sobre o tema, possuo o entendimento que ou o aluno estuda em sua escola cotidiana (neste caso, Escola Estadual Vespasiano Martins), sem qualquer auxílio, ou, se constatado que o aluno necessita de tal amparo, deverá ir à escola especial.

Conveniente ressaltar que o parecer emitido pelo NUESP (f. 33-34) demonstrou-se desfavorável a pretensão do aluno, haja vista que o *"estudante não apresenta necessidades que justifique a presença de um professor de apoio, sendo elencado para atendimento na Sala de Recursos Multifuncional"*. Salienta-se que os mencionados atendimentos ocorrem duas vezes por semana na escola em que o aludido estudante frequenta a fim de o auxiliar pedagogicamente.

Anoto que, segundo o art. 4º da referida resolução, o público-alvo do atendimento especializado a ser oferecido no caso de necessidades especiais é assim estabelecido:

> *"Art. 4º Para fins destas Diretrizes, considera-se público-alvo do AEE:*
>
> *I – Alunos com deficiência: aqueles que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, intelectual, mental ou sensorial.*
>
> *II – Alunos com transtornos globais do desenvolvimento: aqueles que apresentam um quadro de alterações no desenvolvimento neuropsicomotor, comprometimento nas relações sociais, na comunicação ou estereotipias motoras.* ***Incluem-se nessa definição alunos com autismo clássico síndrome de Asperger, síndrome de Rett, transtorno desintegração da infância (psicoses) e transtornos invasivos sem outra especificação****.*
>
> *III – Alunos com altas habilidades/superdotação: aqueles que apresentam um potencial elevado e grande envolvimento com as áreas do conhecimento humano, isoladas ou combinadas: intelectual, liderança, psicomotora, artes e criatividade."* (G.n.)

Assim, o objetivo de que seja concedido professor de apoio ao autor para acompanhamento pedagógico não se enquadra nas finalidades da normativa.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) prevê diversas formas de inclusão, principalmente em seu artigo 28, sendo que a disponibilização de apoio individualizado apenas uma delas, medida a qual entendo não ser a mais indicada para a hipótese desses autos.

Dessa maneira, como já anteriormente julgado por esta Corte, com relatoria de minha composição, a qual venceu por maioria, tem-se a seguinte decisão:

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA – PROFESSOR DE APOIO PARA ACOMPANHAMENTO EDUCACIONAL ESPECIAL – INCABÍVEL – APLICAÇÃO DA LEI N.º 13.146/2015 EM CONJUNTO COM NOTA TÉCNICA DO MEC/SEESP/GAG – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*
>
> *1) O profissional auxiliar disponibilizado aos alunos com deficiência e transtornos globais tem como função primordial o auxílio de referido alunos em suas condições limitantes, ou seja, alimentação, higienização, locomoção. Sendo desarrazoado crer que referido profissional tem função educadora.*
>
> *2) Em havendo necessidades educacionais específicas, há escolas próprias para o desenvolvimento individualizado de cada aluno.*
>
> *3) Recurso conhecido e provido."* (TJMS - AI: 20002949720188120900 MS 2000294-97.2018.8.12.0900, Relator: Des. Nélio Stábile, Data de Julgamento: 15/10/2018, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 16/10/2018)

Com isso, verifica-se que esse profissional de apoio tem incumbência de auxílio aos alunos portadores de necessidades especiais no que concerne a sua independência, locomoção, higiene, alimentação, dentre outras funções. Todavia, em princípio, inexiste incumbência de desenvolvimento de atividades educacionais diferenciadas, tão pouco de se responsabilizar pelo ensino desses alunos.

Acaso haja necessidades específicas de alunos portadores de deficiências quanto ao aprendizado, existem escolas próprias para o ensino desses alunos, de acordo com as necessidades individualizadas que cada um apresenta, proporcionando assim um melhor atendimento, ou para deferimento, há necessidade de instrução processual com todas as informações devidas.

Ante o exposto, conheço o recurso do Estado de Mato Grosso do Sul e dou-lhe provimento para o fim de reformar a sentença proferida, para exonerar o Estado da disponibilização permanente de professor de apoio para acompanhamento educacional ao aluno Weslly Nunes Silveira. No mais, acompanho o relator.

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (1º 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 maioria e de acordo com o artigo 942 do CPC, com o parecer, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal, que lhes dava provimento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

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, 26 de maio de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson
Apelação / Remessa Necessária nº 0805360-53.2018.8.12.0029 – Naviraí

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – LICENÇA PATERNIDADE – PRORROGAÇÃO – PAI DE GÊMEOS – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – RESSARCIMENTO INVIÁVEL NOS AUTOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO E SENTENÇA RATIFICADA EM REEXAME.

A administração pública deve agir de acordo como princípio da legalidade estrita. O servidor público estadual não possui direito a licença paternidade de 120 (cento e vinte) dias em razão de ter sido pai de gêmeos, em razão de ausência de previsão legal nesse sentido.

Conforme o STJ, *"a Administração Pública, a fim de proceder à restituição de valores pagos a servidor público, ainda que por força de liminar posteriormente cassada, deve observar, previamente, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório (STJ, REsp 1.384.418/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 30/08/2013)."* (AgRg no RMS 18.108/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/09/2015, DJe 01/10/2015). Inviável, pois, no bojo dos autos, a compensação de valores pretendida pelo Estado.

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, deram parcial provimento ao recurso do DETRAN/MS e ratificaram a sentença, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 26 de maio de 2020.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

O Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul - Detran/MS, qualificado nos autos da Ação de Obrigação de Fazer (Feito nº 0805360-53.2018.8.12.0029, da 2ª Vara da Comarca de Naviraí/MS) que lhe promove Valdemir Grumicker Siebert, também qualificado, inconformado com a sentença de procedência proferida na origem, interpôs o presente recurso de apelação cível.

Afirmou, em síntese, que o Juízo singular incorreu em equívoco ao julgar procedente o pedido da inicial e determinar que se conceda ao autor licença paternidade de 120 (cento e vinte) dias, sob pena de multa de R$ 3.000,00 (três mil reais), por ausência de previsão legal nesse sentido.

Referiu que a criação de uma nova norma pelo magistrado pode repercutir de forma negativa nos cofres públicos.

Disse que a licença paternidade está prevista no Estatuto dos Servidores e tem previsão de cinco dias e que o art. 392-B da CLT, que serviu como parâmetro, trata da hipótese de falecimento da genitora, situação em que o pai deverá suprir a lacuna no cuidado com os filhos.

Dispôs que não há previsão orçamentária para o gasto decorrente da pretendida extensão da licença paternidade, ressalta que o período nas repartições públicas, à época da licença, gozada em razão de liminar, era de seis horas, o que possibilita ao genitor ajudar a mãe no cuidado com os filhos.

Alegou que a Lei é clara ao dispor que a licença paternidade se limita a 20 (vinte) dias.

Requer que, caso seja provido o recurso, a devolução aos cofres públicos dos valores indevidamente pagos ao recorrido, a ser descontado em folha de pagamento.

Às f. 131-135 foram apresentadas contrarrazões ao recurso, pugnando pelo seu não provimento.

A sentença foi submetida à reexame.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Conforme relatado, o Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul - Detran/MS, qualificado nos autos da Ação de Obrigação de Fazer (feito nº 0805360-53.2018.8.12.0029, da 2ª Vara da Comarca de Naviraí/MS) que lhe promove Valdemir Grumicker Siebert, também qualificado, inconformado com a sentença de procedência proferida na origem, interpôs o presente recurso de apelação cível.

A sentença foi submetida a reexame.

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 deve ser recebida somente no efeito devolutivo, 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

Vê-se dos autos que o autor pretende que sua licença paternidade seja estendida por 120 (cento e vinte) dias, em razão de ter sido pai de gêmeos.

A liminar foi deferida às f. 47-53, sendo-lhe concedida a licença em agosto de 2018.

Sobreveio a sentença de procedência da qual destaco trecho:

> *"(...) com efeito, inexiste previsão legal para a concessão de licença paternidade nos moldes postulados pelo autor, assim como nada se verifica na legislação federal e estadual em vigor acerca da hipótese excepcional em análise, qual seja: o nascimento de gêmeos.*
>
> *(...)*
>
> *Verifica-se, assim, que tanto a legislação federal, quanto a legislação estadual, preveem a concessão de licença-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, repetindo, assim, o que prescreve o art. 7º, XVIII, da Constituição Federal. Já a licença-paternidade, em regra, seria de 05 (cinco) dias, com a possibilidade de prorrogação por mais 15 (quinze) dias, somente aos servidores púbicos federais. Lado outro, a Lei Estadual n. 3.150/2005 (art. 59) permite a concessão excepcional de licença ao pai pelo período de 120 (cento e vinte) dias, em caso de concessão de guarda para fins de adoção, ao passo que a CLT (art. 392-B) prevê, ainda, a concessão de licença ao pai, pelo mesmo período de 120 (cento e vinte) dias, em caso de morte da mãe.*

Ainda que em casos excepcionais, tem-se que a legislação supracitada traz hipótese de concessão de licença-paternidade pelo mesmo período da licença-maternidade, ou seja, por 120 (cento e vinte) dias.

A par disso, o nascimento de gêmeos também deve ser considerado como caso excepcional e, por consequência, deve receber tratamento

diverso, a fim de garantir proteção à dignidade da pessoa, à saúde e à infância, assim como a aplicação do princípio da isonomia ou princípio da igualdade material.

Por consequência, a concessão de licença-paternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, confirmando-se a tutela de urgência deferida, se mostra medida justa e razoável, adequada à hipótese excepcional em análise e em consonância com os princípios constitucionais que regem o ordenamento jurídico Brasileiro.

(...)

Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, julgo procedente o pedido contido na inicial para o fim de, confirmando a tutela de urgência deferida, determinar ao réu que conceda ao autor Valdemir Grumicker Siebert licença-paternidade pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo da remuneração, sob pena de multa única de R$ 3.000,00 (três mil reais), em caso de descumprimento."

Inconformado o Estado de Mato Grosso do Sul interpôs recurso de apelação, em que sustenta que a licença paternidade está prevista no Estatuto dos Servidores e tem previsão de cinco dias e que o art. 392-B da CLT, que serviu como parâmetro, trata da hipótese de falecimento da genitora, situação em que o pai deverá suprir a lacuna no cuidado com os filhos.

Dispôs que não há previsão orçamentária para o gasto decorrente da pretendida extensão da licença paternidade, ressalta que o período nas repartições públicas, à época da licença gozada em razão de liminar, era de seis horas, o que possibilita ao genitor ajudar a mãe no cuidado com os filhos.

Alegou que a Lei é clara ao dispor que a licença paternidade se limita a 20 (vinte) dias.

Com razão.

Isso porque, como se sabe, a Administração Pública está estritamente ligada a diversos princípios, dentre eles, ao da legalidade, em conformidade com o *caput* do art. 37 da CF/88, inexistindo previsão legal para que o servidor público (homem) goze das mesmas garantias de licença maternidade (mulher), vez que se trata, no caso, de casal heterossexual.

A Constituição Federal de 1988, estabelece em seu art. 7º, incisos XVIII e XIX, o direito as licenças em discussão, vejamos:

"Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social

(...)

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei."

No âmbito do serventuário público estadual, como admitido na sentença, a licença paternidade é de 5 (cinco) dias, não havendo previsão para sua prorrogação para 120 (cento e vinte) dias.

A Constituição Federal e a legislação ordinária vigentes asseguram à servidora pública o direito à licença-maternidade por 120 (cento e vinte) dias, prorrogáveis, a pedido, por mais 60 (sessenta) dias, e ao servidor público, o direito à licença-paternidade por 5 (cinco) dias, prorrogáveis por mais 15 (quinze) dias.

O art. 392-B da CLT prevê a hipótese de licença paternidade de 120 (cento e vinte) dias para caso de morte da genitora, que não é o caso dos autos. O art. 59 da Lei Estadual nº 3.150 de 1990, também mencionado pelo magistrado de primeira instância, cuida de pais adotantes, que não é o caso dos autos e, ainda, veda expressamente em seu parágrafo único a percepção do benefício por ambos os pais. Vejamos:

> *"Art. 59 Ao segurado ou à segurada que adotar ou obtiver à guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte dias).*
>
> *Parágrafo único. Não poderá ser concedido o benefício de que trata o caput deste artigo a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos aos Regimes Próprio ou Geral de Previdência Social. (Acrescentado pela Lei nº 5.101, de 1º de dezembro de 2017)."*

A legislação estadual – Estatuto dos Servidores Públicos de Mato Grosso do Sul, aplicável ao caso, prevê somente 05 (cinco) dias de licença paternidade: *"Art. 148 - Ao cônjuge varão será concedida licença paternidade de cinco dias, contados do nascimento do filho."*

Assim, inexistindo previsão legal para a ampliação do período nos moldes pretendidos, não há como acolher a pretensão do autor, porque (*i*) é vedado ao Judiciário atuar como legislador positivo, deferindo tratamento jurídico diferenciado a uns em detrimento de outros (trabalhadores e servidores que também são pais), (*ii*) o próprio legislador constituinte previu regras distintas para a licença à gestante e a licença paternidade (art. 7º, incisos XVIII (licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias) e XIX (licença-paternidade, nos termos fixados em lei), c/c art. 39, § 3º, da CRFB), e (*iii*) não é suficiente, para aquele fim, a invocação genérica do princípio constitucional e legal de proteção do interesse da criança e da família, na medida em que a tutela jurídica é deferida, nos moldes definidos pelo legislador (art. 227 da CRFB).

Tampouco ampara o pleito do autor a circunstância de a gestação ser múltipla, pois não há na Constituição Federal (art. 7º, incisos XVIII e XIX, c/c art. 39, § 3º), nem na legislação ordinária, distinção dessa natureza.

Nessa linha, já se manifestou o e. Supremo Tribunal Federal:

> *"Decisão: Trata-se de recurso extraordinário em face de acórdão da 1ª Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Paraná, ementado nos seguintes termos:*
>
> *ADMINISTRATIVO – SERVIDOR – LICENÇA-PATERNIDADE – GESTAÇÃO MÚLTIPLA – PRETENSÃO DE EXTENSÃO DA LICENÇA PARA 120 DIAS – IMPOSSIBILIDADE – AUSENTE AFRONTA À ISONOMIA – AUXÍLIO NATALIDADE – PARTO MÚLTIPLO – ACRÉSCIMO DE 50% DO VALOR DO BENEFÍCIO POR NASCITURO – LEGALIDADE. 1.* ***A ocorrência de gestação gemelar não garante ao servidor a concessão de período estendido de licença-paternidade, já que ausente previsão legal nesse sentido, não se consubstanciando violação às previsões constitucionais correlatas****. 2. A Constituição Federal e a legislação ordinária vigente expressamente delimitaram a extensão do direito do servidor público à licença-paternidade -* ***nos termos do art. 7º, XVIII e XIX, c/c art. 39, § 3º, da CRFB; art. 208 da Lei nº 8.112/90; e art. 2º da Lei nº 11.770/2008, c/c o Decreto nº 8.737/2016 - inexistindo previsão para concessão de período estendido de licença-paternidade no caso de gestação gemelar****. Assim, diante da inocorrência de vazio normativo acerca do tema, evidencia-se que* ***o silêncio da lei é eloquente e significa uma opção em tornar juridicamente irrelevante a peculiaridade desta espécie de gestação para fins de definição do prazo da licença-paternidade, não cabendo invocar o princípio da igualdade para a criação de regime jurídico que não foi previsto ou pensado pela Constituição e nem explicitado em alguma regra infraconstitucional expressa****. 3. A proteção da criança recém-nascida não é dever exclusivo do Estado nem da sociedade, mas, antes disso, é dever da*

própria família e dos pais (CRFB, art. 226, § 7º, e art. 229), de modo que, havendo necessidade de cuidados adicionais no caso de gestação múltipla em comparação à gestação única, a obrigação de cuidar para que as crianças recebam a atenção adequada é - ainda que com maior esforço - primordialmente da família e do casal, sem que tal fato implique violação de direitos do recém-nascido, razão pela qual inexiste afronta à isonomia na forma com que a legislação vigente tratou do tema. 4. O auxílio-natalidade é um benefício pecuniário de cota única devido ao servidor público, nos termos do art. 196, da Lei 8.112/91, por motivo de nascimento de filho, em valor equivalente ao menor vencimento do serviço público, montante esse que será acrescido de 50% por nascituro no caso de parto múltiplo. 5. O auxílio-natalidade foi instituído com a finalidade de oferecer um auxílio pecuniário ao servidor para fazer frente às despesas decorrentes do nascimento de um filho. Assim, a elevação apenas proporcional do valor do benefício no caso de gestação gemelar mostra-se razoável e não fere a isonomia, na medida em que, em razão da gestação e do parto conjunto e a consequente ocorrência de gastos comuns, o valor das respectivas despesas, em regra, não é duplicado a cada nascituro, devendo o cálculo ser procedido na forma do § 1º do art. 196 da Lei 8.112/91. (eDOC 63, p. 1-2). No recurso extraordinário (eDOC 71), interposto com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal, aponta-se violação aos arts. 5º, I e 227, do texto constitucional. Nas razões recursais, alega-se, em síntese, violação aos princípios da isonomia, da razoabilidade e da proporcionalidade em razão da negativa de se estender o prazo da licença paternidade, mesmo diante da situação fática narrada. Decido. A irresignação não merece prosperar. O Tribunal de origem, ao examinar a legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Lei 8.112/90; Lei 11.770/08 e Decretos nº 6.690/08 e 8.737/16) e o conjunto probatório constante dos autos, consignou que ***não ofende o princípio da isonomia a negativa de se estender o prazo da licença paternidade e nem a negativa de aumentar o valor do auxílio-natalidade, por ausência de previsão legal.*** *Nesse sentido, extrai-se o seguinte trecho do acórdão impugnado: No caso, considerando o conjunto de normas e princípios constitucionais que envolvem o tema sob exame, entendo que a legislação ordinária não padece de inconstitucionalidade por omissão, na medida que, como dito, a proteção da criança recém nascida não é dever exclusivo do Estado nem da sociedade, antes disso, é dever da própria família e dos pais, que devem pautar-se pelo primado da paternidade responsável e que têm plena autonomia para o seu planejamento familiar. Assim, ao conceder as licenças à gestante e paternidade, nos termos da vigente legislação, atuou adequadamente o legislador ordinário, mantendo o equilíbrio entre as obrigações constitucionalmente estabelecidas àqueles a quem cabe prover a proteção à maternidade e ao recém-nato. Desse modo, havendo necessidade de cuidados adicionais a partir do vigésimo dia do nascimento - prazo da licença paternidade -, cabe à própria família e, especilamente ao casal, prover a assistência necessária, inclusive contratando serviço de terceiros, se for o caso, às suas próprias expensas. Logo, não há que se falar também em afronta à isonomia relativamente às gestações únicas, pois no caso de gestações múltiplas, a obrigação de cuidar para que as crianças recebam a atenção adequada é primordialmente da família e do casal. (...) registro, ainda, que pelas mesmas razões não procede a pretensão da parte recorrida de perceber o auxílio-natalidade em valor correspondente a 100% do benefício para cada filho, assim, não padece de inconstitucionalidade a norma do § 1º, art. 196, da Lei nº 8.112/90, in verbis: 'Art. 196. O auxílio-natalidade é devido à servidora por motivo de nascimento de filho, em quantia equivalente ao menor vencimento do serviço público, inclusive no caso de natimorto. § 1º Na hipótese de parto múltiplo, o valor será acrescido de 50% (cinquenta por cento), por nascituro'. Por óbvio que* ***nada impede que o legislador ordinário, no exercício de sua competência constitucional, venha a ampliar a licença paternidade se assim entender conveniente e oportuno, todavia, tal mister não cabe aos juízes, que não podem atuar como legisladores positivos, inovando no ordenamento jurídico****, conforme iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: 'AGRAVO INTERNO – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – TRIBUTÁRIO – IMPOSTO DE RENDA – LIMITAÇÃO COM GASTOS EM EDUCAÇÃO – CONSTITUCIONALIDADE. 1. Não cabe ao Poder Judiciário ampliar os limites estabelecidos em lei para a dedução, da base de cálculo do Imposto de Renda da Pessoa Física, de gastos com educação. Ao Judiciário não é permitido estabelecer isenções tributárias, redução de impostos ou deduções não previstas em lei, ante a impossibilidade de atuar como legislador positivo. 2. Agravo interno a que se nega provimento. Fixam-se honorários advocatícios adicionais equivalentes a 10% (dez por cento) do valor a esse título arbitrado nas instâncias*

ordinárias (Código de Processo Civil de 2015, art. 85, § 11). (RE 984419 AgR / SP)'. (eDOC 64, p. 5-8). Assim, verifica-se que a matéria debatida no acórdão recorrido restringe-se ao âmbito infraconstitucional, de modo que a ofensa à Constituição, se existente, seria reflexa ou indireta, o que inviabiliza o processamento do presente recurso. Além disso, divergir do entendimento firmado pelo Tribunal de origem demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório, providência inviável no âmbito do recurso extraordinário. Nesses termos, incide no caso a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Confiram-se, a propósito, os seguintes precedentes: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – 2. DIREITO ADMINISTRATIVO E DO TRABALHO – 3. SERVIDORA ESTADUAL – CONTRATO TEMPORÁRIO – PRORROGAÇÃO DE PERÍODO DE LICENÇA MATERNIDADE – 4. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL – OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL – NECESSIDADE DE REEXAME DO ACERVO PROBATÓRIO – SÚMULAS 279 E 280 DO STF – PRECEDENTES – 5. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS CAPAZES DE INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA – 6. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO – (ARE 1.098.786 AGR, DE MINHA RELATORIA, SEGUNDA TURMA, DJE 9.4.2018) – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULAS 282 E 356/STF – DIREITO ADMINISTRATIVO – SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL – PRORROGAÇÃO DE LICENÇA MATERDINADE PARA 180 DIAS – LEI Nº 11.770/2008 – MATÉRIA DE CUNHO INFRACONSTITUCIONAL – PRECEDENTES. À exceção do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, os demais dispositivos constitucionais tidos por violados não foram apreciados pelo acórdão impugnado. Tampouco foram opostos embargos de declaração para sanar eventual omissão. O recurso extraordinário carece, no ponto, do necessário prequestionamento. Incidem, no caso, as Súmulas 282 e 356/STF. A discussão acerca da ampliação do direito de servidoras públicas estaduais e municipais à licença maternidade com fundamento em legislação federal se restringe ao âmbito infraconstitucional. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 803.386 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 1.9.2014). Ante o exposto, ***nego seguimento ao recurso*** *(artigo 932, VIII, do CPC, c/c art. 21, § 1º, do RISTF) e, tendo em vista a ausência de fixação de honorários pela origem, deixo de aplicar o disposto no § 11 do art. 85 do CPC. Publique-se. Brasília, 26 de abril de 2019. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente."* (STF, RE 1.203.091, Relator (a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 26/04/2019, publicado em Processo Eletrônico DJe-091 Divulg 02/05/2019 Public 03/05/2019 - grifei)

No mesmo sentido, destaco os seguintes precedentes:

"ADMINISTRATIVO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL – LICENÇA PATERNIDADE – 180 DIAS – GRAVIDEZ GEMELAR – AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. Inexistindo previsão legal para ampliação do benefício, nos moldes pretendidos, não há como acolher sua pretensão, não sendo suficiente para tanto a invocação genérica do princípio constitucionl da proteção do interesse da criança." (TRF4, Agravo de Instrumento nº 5043216-44.2018.4.04.0000, 4ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, decidiu, por unanimidade juntado aos autos em 14/02/2019)

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO REGIONAL – SERVIDOR PÚBLICO – LICENÇA PATERNIDADE – GESTAÇÃO MÚLTIPLA – CONCESSÃO EM PERÍODO EQUIVALENTE À LICENÇA MATERNIDADE (180 DIAS) – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL OU LEGAL – INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DESPROVIDO. 1. A Constituição Federal e a legislação ordinária vigentes asseguram à servidora o direito à licença gestante por 120 dias, prorrogáveis, a pedido, por mais 60 dias, e ao servidor o direito à licença paternidade por 5 dias, prorrogáveis por mais 15 dias. 2. Não há, nem na Constituição Federal (art. 7º, XVIII e XIX, c/c art. 39, § 3º), nem na legislação ordinária, para o efeito da concessão da licença à gestante e da licença paternidade, distinção relativamente a tratar-se de gestação única ou múltipla. 3. A Constituição Federal confere especial proteção à família, e com assento na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, ou seja, na paternidade consciente, assegura ao casal o livre planejamento familiar, impedindo qualquer ingerência

*do Estado nesse aspecto. 4. Além disso, infere-se do texto constitucional que a 'família, que recebe a proteção estatal, não tem só direitos. Tem o grave dever, juntamente com a sociedade e o Estado de assegurar, com absoluta prioridade os direitos fundamentais da criança e do adolescente enumerados no art. 227'. 5. A decisão de gerar (adotar) filhos é exclusiva do casal, e deve ser responsável, ou seja, deve ser tomada avaliando todas as circunstâncias que a envolvem e os deveres que daí decorrem relativamente aos filhos que forem concebidos ou adotados, e que estão elencados no art. 227 da Carta Política. Ao Estado, por sua vez, que não tem ingerência no planejamento familiar, cumpre, em conjunto com a família e a sociedade, colaborar para assegurar os direitos referidos na norma constitucional. Ou seja, a Constituição não atribui nem ao Estado e tampouco à sociedade, exclusivamente, o dever de propiciar à criança as condições para uma vida plena e sadia, ao contrário, destaca-se nesse aspecto o papel preponderante da família e mais especificamente dos pais que concebem (ou adotam) a criança (art. 229). 6. Assim, relativamente aos recém-natos, ao Estado cabe adotar as providências elencadas no § 1º, do art. 227, da Constituição Federal, que consistem em promover programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas, e que deverão ser criados obedecendo os preceitos dos incisos I e II, do referido parágrafo, e que necessariamente absorverão recursos oriundos do orçamento público, ou seja, recursos retirados da sociedade por meio do sistema tributário. 7. Apenas em relação à licença à gestante a Constituição assegura a duração mínima do benefício, além da manutenção do emprego e do salário durante o período respectivo. Já, em relação à licença paternidade, não há na Constituição nenhuma limitação ao legislador ordinário, ou seja, sequer é assegurado ao pai o direito de manutenção do emprego e do salário durante o período respectivo. Não há, portanto, óbice constitucional a que o legislador ordinário, ao instituir tal benefício, estabeleça a sua duração, ou que o faça com prejuízo do salário ou de parte dele. 8. Considerando o conjunto de normas e princípios constitucionais que envolvem o tema sob exame, a legislação ordinária não padece de inconstitucionalidade por omissão, na medida que a proteção da criança recém-nascida não é dever exclusivo do Estado nem da sociedade, antes disso, é dever da própria família e dos pais, que devem pautar-se pelo primado da paternidade responsável e que têm plena autonomia para o seu planejamento familiar. 9. Fixada a seguinte tese: '**O servidor público federal não tem direito de extensão da licença paternidade para 120 dias, prorrogáveis por mais 60 dias, no caso de gestação múltipla da cônjuge ou companheira'. 10. Incidente de uniformização não provido**." (Turma Regional de Uniformização - Cível da 4ª Região, pedido de uniformização de interpretação de Lei nº 5001369-05.2018.4.04.7100, Rel. Juiz Federal Gerson Luiz Rocha, decidiu, por maioria, vencido o relator juntado aos autos em 05/10/2018, grifei)*

"POLICIAL MILITAR – LICENÇA PATERNIDADE – BENEFÍCIO GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE PELO PRAZO DE 05 (CINCO) DIAS – ART. 7º, XIX CF/88 C/C ART. 10, § 1º ADCT – PEDIDO DE PRORROGAÇÃO – AUSÊNCIA DE NORMA ESTADUAL REGULAMENTADORA (ESTATUTO DA PMGO). 1. A proteção jurídica assegurada no artigo 7º, inciso XIX da Constituição Federal c/c artigo 10, § 1º, ADCT, prevê o gozo do benefício da licença paternidade pelo prazo de cinco dias, até que a lei venha a disciplinar o direito. Não havendo no Estatuto da Polícia Militar de Goiás (Lei n. 8.033/75), previsão, sequer, daquele benefício, fica sua concessão amparada na Constituição Federal pelo período descrito no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. 2. Prevista constitucionalmente a licença paternidade, sua prorrogação constitui mera liberalidade da Administração Pública, decorrente de seu poder discricionário, não se tratando, portanto, de uma imposição legal, até porque não se pode exigir da autoridade coatora ação diversa daquela contra qual se insurge o impetrante, eis que a concessão da pretensa prorrogação, sem previsão legal para tanto, esbarrara nos princípios da legalidade e moralidade, que devem ser estritamente observados pela Administração Pública. Inexistente o óbice ao exercício da licença, não há falar em ofensa ao direito líquido e certo do impetrante. Segurança denegada." (TJ-GO - Mandado de Seguran&&ampccedila Criminal: 00519325220198090000, Relator: Orloff Neves Rocha, Data de Julgamento: 15/07/2019, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 15/07/2019)

"JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA – ADMINISTRATIVO – LICENÇA-PATERNIDADE – SITUAÇÃO FÁTICA DE GUARDA UNILATERAL DA CRIANÇA –

DECLARAÇÃO PARTICULAR DA GENITORA – PRORROGAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I. Trata-se de recurso inominado interposto pela parte autora em face da sentença que julgou improcedente o pedido inicial, de concessão de licença paternidade de 180 dias, equiparando-a à licença maternidade, com todos os benefícios concedidos a mãe licenciada. Narra o recorrente que seu filho nasceu em 20.05.2019 e a genitora da criança não estabeleceu laços afetivos com o infante, deixado aos cuidados exclusivos do pai/recorrente. Ante a impossibilidade de conciliar as necessidades da criança com os compromissos de professor da SEE/DF, com fundamento no princípio do melhor interesse da criança, requer a reforma da sentença para que lhe seja concedida a prorrogação da licença paternidade, equiparando-a ao período da licença maternidade. II. Recurso próprio, tempestivo e com preparo regular (ID 14339295). Contrarrazões apresentadas (ID 14339298). III. Sabe-se que a Administração Pública deve pautar seus atos no princípio da legalidade. Ao discorrer sobre o citado princípio em contraponto com a atividade administrativa e jurisdicional, preleciona a doutrina:? Não custa lembrar, por último, que, na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei? (CARVALHO FILHO, José dos Santos. manual de direito administrativo, 2016). ***Nesses termos, descabe ao Poder Judiciário estabelecer extensão de licença paternidade não prevista em lei. Precedentes:*** *(Acórdão 1174873, 07107852720188070018, Relator: Arnaldo Corrêa Silva, Segunda Turma Recursal, data de julgamento: 29/5/2019, publicado no DJE: 4/6/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada.); (Acórdão 1098874, 07194559420178070016, Relator: Fernando Antonio Tavernard Lima, Terceira Turma Recursal, data de julgamento: 22/5/2018, publicado no PJe: 28/5/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.) IV. A licença paternidade de servidor público distrital está prevista no art. 150 da Lei Complementar 840/2011 e no Decreto 34.669/2016, sendo de 7 dias consecutivos, prorrogáveis por 23 dias. Inexiste previsão legal para a extensão da licença paternidade, equiparando-a com a licença maternidade, ainda que pelo nobre fundamento do melhor interesse da criança. V. Cabe ainda observar que não há prova de guarda unilateral concedida judicialmente ao recorrente, mas apenas declaração da genitora concordando com o pleito de prorrogação do período de licença paternidade do servidor (ID 14339263). VI. Recurso conhecido e não provido. Sentença mantida. Custas recolhidas. Condeno a parte recorrente vencida ao pagamento de honorários advocatícios que fixo em 10% do valor corrigido da causa. VII. A súmula de julgamento servirá de acórdão, consoante disposto no artigo 46 da Lei nº 9.099/95." (TJ-DF 07303617520198070016 - Segredo de Justiça 0730361-75.2019.8.07.0016, Relator: Almir Andrade De Freitas, Data de Julgamento: 11/03/2020, Segunda Turma Recursal, Data de Publicação: Publicado no DJE: 16/03/2020 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)* (G.n.)

Não se desconhece a existência de precedentes em sentido diverso, porém entendo indevida a prorrogação de licença-paternidade para além do limite legal.

Outrossim, cabe destacar que o autor, como servidor público, goza de determinadas prerrogativas, como expediente reduzido, ao menos à época da pretensão, o que lhe possibilitaria ajudar a genitora no cuidado dos menores.

Por fim, destaco que o ressarcimento dos valores recebidos pelo autor enquanto gozou da prorrogação da licença em razão da tutela antecipada deferida, não há como ser determinado nestes autos.

Isso porque, conforme o STJ, *"a Administração Pública, a fim de proceder à restituição de valores pagos a servidor público, ainda que por força de liminar posteriormente cassada, deve observar, previamente, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório."* (STJ, REsp 1.384.418/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 30/08/2013). (AgRg no RMS 18.108/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/09/2015, DJe 01/10/2015).

Nesse sentido, confiram-se:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL – EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – REAJUSTE DE 28,86% – OBRIGAÇÃO DE FAZER – DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINA A INCORPORAÇÃO DO REAJUSTE AOS PROVENTOS DOS SERVIDORES – POSTERIOR RECONSIDERAÇÃO DO DECISUM PARA LIMITAR OS EFEITOS DA CONDENAÇÃO À DATA DA REESTRUTURAÇÃO DA CARREIRA – DEVOLUÇÃO AO ERÁRIO DOS VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Impõe-se a restituição ao Erário, independentemente da boa-fé do servidores, dos valores recebidos indevidamente a título de incorporação do reajuste de 28,86%, posteriores à Lei 11.784/2008, porquanto o pagamento de tais parcelas deu-se em função do cumprimento de decisão judicial prolatada em sede de execução de sentença - que inclusive cominava multa para o caso de descumprimento - e posteriormente reformada pelo Tribunal de origem, bem como tendo em vista que não se trata de pagamento em virtude de erro material ou operacional da Administração ou de interpretação errônea da legislação, caso em que estaria vedada a restituição (REsp 1.244.182/PB, rel. Min. Benedito Gonçalves). 2. (...) No caso de cumprimento de decisão judicial precária, a orientação do STJ é de ser 'obrigatória a devolução por servidor público de vantagem patrimonial paga pelo erário público, em face de cumprimento de decisão judicial precária, **desde que observados os princípios do contraditório e da ampla defesa'.** (AgRg no REsp 1.177.349/ES, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 1.8.2012). 4. Agravo Regimental não provido."* (AgRg no REsp 1387538/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/09/2013, DJe 26/09/2013). 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1474964/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 11/11/2014, DJe 18/11/2014). Grifei.

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – LIMINAR REVOGADA – RESTITUIÇÃO DE VALORES INDEVIDAMENTE RECEBIDOS – POSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ – AGRAVO DESPROVIDO. I - Esta Corte possui jurisprudência no sentido de que é obrigatória a devolução por servidor público de vantagem patrimonial paga pelo erário público, em face de cumprimento de decisão judicial precária, **desde que observados os princípios do contraditório e da ampla defesa**. II - O v. acórdão recorrido decidiu com base em elementos probatórios disponíveis nos autos. Reexaminá-lo implicaria o revolvimento de matéria fática, inviável em sede de recurso especial, conforme orientação da Súmula 07/STJ. III - Agravo interno desprovido."* (AgRg no REsp 1177349/ES, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012). Grifei.

> *"PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NA EXECUÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA – SERVIDOR PÚBLICO – REAJUSTE DE 3,17% – PAGAMENTOS ADMINISTRATIVOS EM RAZÃO DE DECISÃO JUDICIAL POSTERIORMENTE MODIFICADA – COMPENSAÇÃO COM VALORES A RECEBER PELOS SUBSTITUÍDOS – INVIABILIDADE – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA – LEGITIMIDADE AD CAUSAM DO SINDICATO PARA REPRESENTAR OS PENSIONISTAS – AGRAVO IMPROVIDO. 1. **Os substituídos devem proceder à devolução de vantagem patrimonial paga pelo erário em face de cumprimento de decisão judicial proferida em sede de execução posteriormente modificada, desde que observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual se revela inviável, no bojo destes autos, a compensação de valores pretendida pela agravante.** 2. O Sindicato é parte legítima para representar os pensionistas da categoria, no caso de valores devidos após o óbito do credor originário, bastando, portanto, regularizar a habilitação processual no feito a título de credor de pensão. 3. Agravo interno improvido."* (AgInt no AgInt na ExeMS 4.151/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Terceira Seção, julgado em 11/12/2019, DJe 16/12/2019). Grifei.

Desse modo, forçoso concluir que embora o autor deva proceder à devolução de vantagem patrimonial paga pelo erário em face de cumprimento de decisão judicial, para tal deve se observar aos princípios do

contraditório e da ampla defesa, razão pela qual revela-se inviável, no bojo destes autos, a devolução de valores pretendida pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Sucumbência recursal

Diante deste cenário, considerando que o presente recurso merece parcial provimento, reformando-se a sentença para se julgar improcedente o pedido a inicial, a verba de sucumbência deve ser alterada, para que recaia exclusivamente sobre o autor, embora suspensa a exigibilidade em razão de ser o autor beneficiário da justiça gratuita (f. 53).

Em relação a sucumbência recursal, incumbe majorar a verba honorária, com fundamento no §§ 11 do art. 85 do CPC, razão pela qual, diante da ausência de condenação ou, ainda, proveito econômico de qualquer das partes, o valor da causa atualizado deve servir de parâmetro para fixação, levando-se em conta *"o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; bem como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço"* (§ 2º do art. 85, CPC), fixo o valor dos honorários advocatícios em R$ 400,00 (quatrocentos reais), cujo importe deve ser arcado pelo apelado, devendo-se, todavia, ser observado o que dispõe o § 3º do art. 98 do CPC[1], por este litigar sob o pálio da justiça gratuita.

Dispositivo final

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto pelo Departamento Estadual de Trânsito de Mato Grosso do Sul - DETRAN, e dou-lhe parcial provimento para, em reformando a sentença, julgar improcedente o pedido da inicial. Consequentemente inverto os ônus de sucumbência, restando suspensa a exigibilidade dos honorários em razão de ser o apelado beneficiário da justiça gratuita. Sentença ratificada em reexame.

Por consequência, à luz do que dispõe o § 11º do art. 85 do vigente CPC, condeno o apelado ao pagamento de honorários advocatícios, ante a sucumbência recursal evidenciada, que arbitro em R$ 400,00 (quatrocentos reais), devendo-se, todavia, ser observado o que dispõe o § 3º do art. 98 do CPC[2], por este litigar sob o pálio da justiça gratuita.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso do DETRAN/MS e ratificaram a sentença, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 26 de maio de 2020.

***

1 § 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

2 § 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

1ª Câmara Cível
Relator designado Des. Marcos José de Brito Rodrigues
Apelação Cível nº 0800756-36.2018.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – RECUSA INJUSTIFICADA DO PAGAMENTO DO SEGURO TANTO NA VIA ADMINISTRATIVA QUANTO NA JUDICIAL – INADIMPLEMENTO CONTRATUAL QUE ULTRAPASSA A ESFERA DO MERO DISSABOR EM VIRTUDE DAS CIRCUNSTÂNCIAS QUE AS RECORRIDAS PASSARAM APÓS O FALECIMENTO DO SEGURADO – DANO MORAL – CABIMENTO – REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO – INDEVIDA – APELO DESPROVIDO.

Tendo em vista que, no presente feito, não houve simples recusa para o pagamento do seguro e considerando as dificuldades financeiras suportadas pelas autoras após o óbito do segurado, mesmo lhe sendo devida a indenização securitária, é cabível a fixação de dano moral.

Em tema de indenização por dano moral, deve o julgador estipular um valor proporcional à lesão experimentada pela vítima, calcado na moderação e razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, sempre atento a realidade dos fatos e as peculiaridades de cada caso, evitando o enriquecimento sem causa.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator, que dava provimento. Julgamento nos termos do artigo 942 do CPC. Julgamento nos termos do artigo 942 do CPC.

Campo Grande, 10 de março de 2020.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Trata-se de Apelação Cível interposta por Zurich Santander Brasil Seguros e Previdência S/A contra Lígia Barreto do Espirito Santo e Isabela Barreto do Espírito Santo Cavalcante, em face da sentença que julgou procedentes os pedidos desta ação de indenização por danos morais em razão da demora no pagamento de seguro de vida.

Alega, em síntese, que não há danos morais indenizáveis, pois pagou o seguro após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Sustenta que não houve desídia de sua parte capaz de gerar o dever reparatório e que as apeladas não demonstraram dependência econômica do *de cujus*, bem como os prejuízos suportados com a demora no pagamento.

Aduz que o descumprimento contratual não enseja, por si só, reparação por dano moral, devendo a sentença ser reformada neste ponto. No caso de ser mantida a condenação, pede que seja reduzido o seu *quantum*.

Contrarrazões (f. 89-100).

VOTO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida. (Relator)

Trata-se de Apelação Cível interposta por Zurich Santander Brasil Seguros e Previdência S/A contra Lígia Barreto do Espirito Santo e Isabela Barreto do Espírito Santo Cavalcante, em face da sentença que julgou procedentes os pedidos desta ação de indenização por danos morais em razão da demora no pagamento de seguro de vida.

Alega, em síntese, que não há danos morais indenizáveis, pois pagou o seguro após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Sustenta que não houve desídia de sua parte capaz de gerar o dever reparatório e que as apeladas não demonstraram dependência econômica do *de cujus*, bem como os prejuízos suportados com a demora no pagamento.

Aduz que o descumprimento contratual não enseja, por si só, reparação por dano moral, devendo a sentença ser reformada neste ponto. No caso de ser mantida a condenação, pede que seja reduzido o seu *quantum*.

Contrarrazões (f. 89-100).

Feitas essas considerações, passo ao exame dos autos.

As apeladas sustentam que o recurso de apelação não deve ser conhecido por ofensa ao princípio da dialeticidade.

No entanto, verifica-se que o apelo está suficientemente motivado, devendo, pois, ser afastada referida alegação. Corroborando este entendimento:

> *"APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DE COBRANÇA – PRELIMINARES DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE E NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – REJEITADAS – MÉRITO – AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE – INCENTIVO ADICIONAL FEDERAL – VERBA DEVIDA – MULTA COMINATÓRIA – CABIMENTO – FIXAÇÃO ESCORREITA – RECURSOS NÃO PROVIDOS.* ***Rejeita-se a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade quando verificado que a apelação cível encontra-se suficientemente motivada.*** *Afasta-se a preliminar de nulidade da sentença suscitada nas razões recusais, porquanto a sentença hostilizada, a despeito de concisa, encontra-se fundamentada. Mantém-se a sentença que declarou o direito da parte autora à percepção do denominado Incentivo Financeiro Adicional."* (TJMS. Apelação / Remessa Necessária n. 0801503-88.2017.8.12.0043, São Gabriel do Oeste, 1ª Câmara Cível, Relator: Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 22/01/2019, p: 24/01/2019.). Grifei.

Quanto ao recurso interposto pela seguradora, referente ao pleito de reparação por danos morais, deve ser acolhido, eis que a resistência da seguradora ao cumprimento de um contrato não é suficiente para provocar tal consequência.

As apeladas ajuizaram a presente demanda alegando que deveriam ser indenizadas por dano moral em razão da demora da seguradora de pagar o seguro contratado quando do falecimento de familiar, sendo que a ré/apelante não apresentou contestação ao presente feito.

Contudo, como é cediço, a indenização por danos morais decorre efetivamente de uma situação de sofrimento, humilhação, que justifique e fundamente a pretendida reparação, sendo certo que o mero dissabor em razão de inadimplemento contratual, ao não pagar a seguradora o valor do prêmio previsto no contrato, não configura, em regra, ato lesivo a ensejar a reparação de danos morais.

Corroborando este entendimento, vejamos os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> *"AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO – EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO – IMPONTUALIDADE NA ENTREGA DA OBRA – DANOS MORAIS. 1.* ***O inadimplemento de contrato, por si só, não acarreta dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. É certo que a inobservância de cláusulas contratuais pode gerar frustração na parte inocente, mas não se apresenta como suficiente para produzir dano na esfera íntima do indivíduo, até porque o descumprimento de obrigações contratuais não é de todo imprevisível.*** *2. Conforme entendimento pacífico do STJ, a correção monetária tem como marco inicial a data da prolação da sentença que fixa o quantum indenizatório. 3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido."* (REsp 876527 / RJ, 4ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 28/04/2008.). (Grifei).

> *"DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL –* ***AÇÃO DE COBRANÇA DE COMPLEMENTAÇÃO DE VALOR DA INDENIZAÇÃO DE SEGURO OBRIGATÓRIO – DPVAT – DANOS MORAIS – INADIMPLEMENTO CONTRATUAL – INVIABILIDADE DO PLEITO – O MERO DISSABOR OCASIONADO POR INADIMPLEMENTO CONTRATUAL, AO NÃO PAGAR A SEGURADORA O VALOR TOTAL PREVISTO EM LEI, NÃO CONFIGURA, EM REGRA, ATO LESIVO A ENSEJAR A REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS –*** *PRECEDENTES. Deve, contudo, ser condenada a seguradora a complementar o valor da indenização concernente ao seguro obrigatório, nos termos em que dispõe o art. 3º, alínea a, da Lei n.º 6.194/74, como estabeleceu o Juízo de origem. Recurso especial conhecido e provido."* (REsp 723729 / RJ, 3ª T., Rel. Nancy Andrighi, DJ 30/10/2006 p. 297). (Grifei)

Este Tribunal de Justiça, especialmente esta 1ª Câmara Cível, também já se posicionou neste sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA COMPLEMENTAR DE SEGURO – INCÊNDIO E ROUBO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL – SEGURO – DANOS COBERTOS PELA APÓLICE – NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS PREJUÍZOS – INVERSÃO DO ÔNUS PELA REGRA CONSUMERISTA INDEFERIDA – PROVA DO DIREITO CONSTITUTIVO DO DIREITO INEXISTENTE – RESSARCIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS INDEVIDO –* ***DANOS MORAIS INEXISTENTES –*** *SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. Apesar de incontroversa a cobertura da apólice de seguro, compete ao autor comprovar os fatos constitutivos de seu direito, pela demonstração dos prejuízos decorrentes do sinistro, e se não se incumbe a contento, a sentença de improcedência deve ser mantida. Segundo posicionamento jurisprudencial pacífico, as despesas com a contratação de advogado para a defesa judicial não caracteriza dano material passível de indenização.* ***A Corte Superior firmou entendimento no sentido de que o mero descumprimento contratual, embora possa ensejar reparação por danos materiais, não acarreta, por si só, danos morais.*** *Recurso desprovido."* (TJMS. Apelação Cível n. 0033000-61.2012.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 14/09/2018, p: 18/09/2018). Grifei.

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SEGURO – TRATOR – QUEBRA DO EIXO DIANTEIRO – DANO ACIDENTAL – COBERTURA DEVIDA – INDENIZAÇÃO DO VALOR TOTAL DO CUSTO DO CONSERTO PAGO PELO SEGURADO – DEVIDO – INADIMPLEMENTO CONTRATUAL –* ***DANO MORAL NÃO VERIFICADO NO CASO CONCRETO – MERO ABORRECIMENTO*** *– RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – No caso concreto, pelas provas produzidas nos autos verificou-se que o dano ocorrido no bem sinistrado foi decorrente de acidente, para o qual há previsão de cobertura na apólice de seguro, sendo, portanto, devida o pagamento da indenização, pelo valor total despendido pelo segurado com o conserto do bem sinistrado. II – O descumprimento contratual pela seguradora que se nega a efetuar o pagamento do conserto do bem sinistrado, por divergência quanto a causa do sinistro, apesar de gerar aborrecimentos ao segurado, inicialmente, não gera o dever de indenizar-lhe por danos morais, salvo quando este restar devidamente comprovado, hipótese não verificada no caso concreto, em que verificou-se que a comunicação de negativa*

de cobertura foi realizada em data anterior ao protesto dos títulos, possibilitando à segurada o seu adimplemento, bem como a oportunidade de tentativa de parcelamento do débito junto à empresa que realizou o conserto do bem sinistrado. Ainda que a apelada tenha que ter despendido valores para o pagamento do conserto do bem, não restou demostrado nos autos a impossibilidade de adimplemento do conserto do bem sinistrado antes da data do protesto, tampouco que o valor despendido tenha lhe causado dificuldade em pagar outros credores, conforme alegado." (TJMS. Apelação Cível n. 0800536-39.2014.8.12.0046, Chapadão do Sul, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, j: 14/12/2017, p: 18/12/2017). Grifei.

Destarte, no caso, deve ser asseverado que a seguradora, quando do falecimento do titular do seguro, negou-se ao pagamento do prêmio por considerar que a doença daquele era preexistente ao contrato.

As apeladas, então, ajuizaram ação para reconhecer o direito ao recebimento do seguro, o que foi declarado judicialmente. Após o trânsito em julgado da decisão judicial, a quantia foi paga.

Assim, denota-se que a negativa da cobertura do seguro se deu por fundada dúvida sobre o dever de cobertura, tanto é que teve de ser objeto de litígio judicial.

Em outras palavras, ao ocorrer o sinistro, houve fundada dúvida sobre o dever do pagamento da cobertura, o que somente foi reconhecido judicialmente.

Logo, tem-se que o fato não foi capaz de ensejar na indenização por danos morais pretendida, eis que o mero descumprimento de contrato não acarreta no dever de indenizar, tratando-se de mero dissabor/aborrecimento comum à vida em sociedade.

Destarte, as apeladas já foram contempladas com o recebimento de dois seguros, restando vencedoras na primeira lide, de modo que, portanto, não há justificativa para indenizá-las ainda pelo suposto dano moral suportado.

Desta forma, inexiste fundamento plausível para o pedido de condenação da seguradora em dano moral.

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 de apelação interposto por Zurich Santander Brasil Seguros e Previdência S/A e dou-lhe provimento, para reformar a sentença objurgada e julgar improcedentes os pedidos iniciais.

Por consequência, inverto o ônus da sucumbência e condeno as apeladas ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios ao patrono da parte contrária, conforme fixados na sentença, ficando suspensa a exigibilidade por serem beneficiárias da justiça gratuita.

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (1º Vogal)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Zurich Santander Brasil Seguros S.A., nesta ação de indenização por danos morais aforada por Lígia Barreto do Espírito Santos e Isabela do Espírito Santo Cavalcante.

O d. Relator, Dr. Luiz Antonio Cavassa de Almeida, deu provimento ao reclamo, a fim de afastar a indenização por danos morais.

Entrementes, com o devido respeito, divirjo do seu posicionamento.

Isso porque, diversamente do sustentado pelo i. Relator, o ato ilícito não consiste em simples descumprimento contratual.

Outrossim, a negativa administrativa de fornecimento do seguro, forçando os interessados virem a juízo reclamar seus direitos em outro processo, é manifestamente indevida, mormente pelos fundamentos que foram apresentados, ou seja, de que haveria doença pré-existente do segurado e, portanto, a indenização não deveria ser paga, já que é assente na jurisprudência que tal assertiva somente tem cabimento, se a seguradora tivesse obrigado o segurado a firmar declaração prévia de doenças pré-existentes e restasse demonstrada sua má-fé, o que não foi verificado na demanda de cobrança.

É certo, ainda, como ressaltado pelo magistrado singular, que os recorridos tiveram que se socorrer a agiotas e disporem de suas jóias em penhor, com a finalidade de garantirem uma sobrevivência digna, mesmo havendo um seguro contratado pelo falecido que visava exatamente esta finalidade.

Desta feita, tenho que o ilícito restou devidamente demonstrado, ensejando indenização por danos morais.

Quanto à redução da indenização, entendo que o pleito também não merece prosperar, porquanto a quantia de R$ 20.000,00, para cada requerente, não se distancia dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, encontrando-se condizente com as condições econômicas das partes envolvidas, bem como não se distancia dos montantes fixados em casos análogos ao presente feito.

Diante do exposto, com a devida vênia ao i. Relator, divirjo do seu posicionamento e nego provimento ao apelo da seguradora.

Via de consequência, majoro os honorários advocatícios para 17% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (2º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

O Sr. Des. Geraldo de Almeida Santiago. (3º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

O Sr. Des. João Maria Lós. (4º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator, que dava provimento. Julgamento nos termos do artigo 942 do CPC. Julgamento nos termos do artigo 942 do CPC.

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

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Geraldo de Almeida Santiago e Des. João Maria Lós.

Campo Grande, 10 de março de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues
Apelação Cível nº 0821205-49.2017.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS, CUMULADA COM VISTORIA, BUSCA E APREENSÃO E DESINSTALAÇÃO DE *SOFTWARE* – DIREITOS SOBRE OS MESMOS PERTENCENTE AO CONTRATANTE – LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO – PREJUDICADO – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – DISTRIBUIÇÃO NEGADA – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E NÃO PROVIDO.

Na modalidade de desenvolvimento de *software* por encomenda, como no caso dos autos, onde o programa deve ser executado por meio de um contrato de prestação de serviços, no qual o desenvolvedor (pessoa física ou jurídica) não guarda o direito de reivindicar a titularidade resultante da criação do programa, havendo de se reconhecer à parte contratante a titularidade do *software* que encomendou à autora, em atenção ao art. 4º, da Lei n. 9.609/98 (Lei do *Software*).

Rejeitado o pedido de inicial, resta prejudicada a tese da letigimidade passiva do Município de Campo Grande.

Julgado improcedente o pedido inicial, não precede a tese da autora de que a verba discutida deveria ser dividida entre os litigantes.

APELAÇÃO CÍVEL – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA – ADEQUAÇÃO – RECURSO PROVIDO.

Com vistas na disposição do artigo 85, § 2º[1], do CPC, os honorários de sucumbência devem ser revistos e estabelecido em 10% sobre o valor da causa, considerando os I a IV, do já citado dispositivo.

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 apelo do município e conheceram em parte do recurso interposto pela empresa e, na parte conhecida, negaram provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de abril de 2020.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

1 Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
(...)
§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

Byter Assessoria e Tecnologia LTDA Me, nos autos da Ação de Indenização por danos materiais e morais, cumulada com vistoria, busca e apreensão e desinstalação de *software* de n. 0821205-49.2017.8.12.0001 em que contende com Município de Campo Grande, oferece recurso de apelação.

A recorrente, em síntese, aduz que:

As provas carreadas aos autos possibilitam concluir que o objeto contratado pela Carta Convite 077/2014 não foi o serviço de desenvolvimento de *software*, mas de solução integrada de *software*, conforme documento de páginas 133, item 1.2.1, nota fiscal de página 204 e nota de empenho emitida em 19.08.2014;

A Prefeitura de Campo Grande é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda, pois embora as suas autarquias possuam certa autonomia financeira e administrativa, estas devem responder de forma subsidiária; e,

Havendo pluralidade de vencedores, os honorários de sucumbência devem ser repartidos em proporção igual para o patrono de cada parte.

Ao final, requer o provimento do recurso para que seja reformada a sentença, julgando procedente o pedido inicial.

O reclamo foi respondido, batendo-se os recorridos pelo improvimento do mesmo.

Há, ainda, apelação manejada pelo Município de Campo Grande, no qual, em resumo, alega que a fixação dos honorários deve ser revista, estabelecendo-a 20% sobre o valor atualizado da causa.

Em resposta ao reclamo, a recorrida pugnou pela improcedência da súplica.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Byter Assessoria e Tecnologia LTDA Me e Município de Campo Grande, nos Autos da Ação de Indenização por danos materiais e morais, cumulada com vistoria, busca e apreensão e desinstalação de *software* de n. 0821205-49.2017.8.12.0001 em que contendem entre si, oferecem recursos de apelação.

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade dos apelos, recebo-os em seus efeitos devolutivo e suspensivo (arts. 1.012 e 1.013, do CPC), por força do que dispõe o art. 1.010, § 3º, do CPC.

Da obrigação

Alega a empresa-apelante que as provas carreadas aos autos possibilitam concluir que o objeto contratado pela carta convite 077/2014 não foi o serviço de desenvolvimento de *software*, mas de solução integrada de *software*, conforme documento de páginas 133, item 1.2.1, nota fiscal de página 204 e nota de empenho emitida em 19.08.2014.

Verifico, no presente caso, que, diferente do asseverado pela suplicante, não há se falar em reforma da sentença por ela atacada.

O recorrente propôs a presente demanda alegando, em resumo, que entabulou com o Município de Campo Grande contrato mediante Carta Convite n. 777-A/2012, e, posteriormente, Carta Convite 077/2014, para cessão de uso e utilização por meio de licença do sistema de gestão de requerimentos de passe de estudante; é única e exclusiva detentora dos direitos autorais e de comercialização do referido programa, conforme certificado da ABES - Associação Brasileira das Empresas de *Software*, sendo certo que seu direito de autor não se acaba quando ocorre a venda, licença ou a transferência do programa; a licença do uso do Programa pela municipalidade encerrou-se em agosto de 2015, sem a devida renovação, tendo a partir de

então a Prefeitura Municipal de Campo Grande e a AGETRAN utilizando-se do programa sem qualquer contraprestação, incidindo atualmente em uma dívida no valor de R$ 158.000,00 (cento e cinquenta e oito mil reais), relativa a dois anos de utilização da Licença; é evidente que as requeridas ainda utilizam-se do *software*, pois o mesmo coligado ao *App Google Maps* obtém a distância entre a casa dos alunos da rede municipal e particular e as escola que estudam. Assim, pleiteou a concessão de medida cautelar para vistoria, busca, apreensão e desinstalação do programa gerenciamento de requerimento de passe de estudante, instalado na sede do IMTI - Instituto Municipal de Tecnologia da Informação, e, no mérito, a imputação da multa contida no artigo 103, da Lei 9.609/98, no valor de 3.000 vezes a licença do *software* adquirido, caso constatada a edição não autorizada do *software* ou de R$ 790.000,00 (setecentos e noventa mil reais), caso constatado apenas o uso indevido do programa, além da condenação ao ressarcimento no valor de R$ 158.000,00 (cento e cinquenta e oito mil reais) de danos materiais e R$ 100.000,00 (cem mil reais) de danos morais.

Conforme corretamente fundamentado em primeiro grau, foi a apelante contratada para o desenvolvimento de um *software* (programa de computador) de automação das rotinas específicas da AGETRAN, especificamente para o gerenciamento, cadastramento e requisição do "Passe do Estudante", na modalidade de desenvolvimento de *software* por encomenda, como no caso dos autos, onde o programa deve ser executado por meio de um contrato de prestação de serviços, no qual o desenvolvedor (pessoa física ou jurídica) não guarda o direito de reivindicar a titularidade resultante da criação do programa, havendo de se reconhecer à requerida AGETRAN a titularidade do *software* que encomendou à autora, em atenção ao art. 4º, da Lei n. 9.609/98 (Lei do *Software*):

> *"Salvo estipulação em contrário, pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou órgão público, os direitos relativos ao programa de computador, desenvolvido e elaborado durante a vigência de contrato ou de vínculo estatutário, expressamente destinado à pesquisa e desenvolvimento, ou em que a atividade do empregado, contratado de serviço ou servidor seja prevista, ou ainda, que decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos."*

No mesmo sentido é o estabelecido pela Lei n. 9.276/96 (Lei de propriedade industrial):

> *"Art. 88. A invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado.*
>
> *§ 1º Salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 92. O disposto nos artigos anteriores aplica-se, no que couber, às relações entre o trabalhador autônomo ou o estagiário e a empresa contratante e entre empresas contratantes e contratadas.*
>
> *Art. 93. Aplica-se o disposto neste Capítulo, no que couber, às entidades da Administração Pública, direta, indireta e fundacional, federal, estadual ou municipal."*

Outrossim, efetivamente o pagamento pelo desenvolvimento do *software* e, posteriormente, por sua manutenção (Carta Convite n. 777-A/2012, e Carta Convite 077/2014) foi realizado na forma estabelecida no contrato, conforme se verifica das notas de empenho juntadas aos autos (f. 204-210 e 279-282), não havendo, portanto, que se falar em inadimplemento.

Rejeitado o pedido de inicial, resta prejudicada a tese da letigimidade passiva do Município de Campo Grande.

Honorários de sucumbência.

Quanto aos honorários de sucumbência, questão também objeto do recurso de apelação do Município de Campo Grande - razão pela qual examino em conjunto -, tenho que a sentença merece alteração.

Importante destacar desde já que o pedido inicial foi julgado improcedente, de modo que não precede a tese da autora de que a verba discutida deveria ser dividida entre os litigantes, e, desta forma, com vistas na disposição do artigo 85, § 2º[2], do CPC, tenho que os honorários de sucumbência devem ser estabelecido em 10% sobre o valor da causa, considerando os I a IV[3], do já citado dispositivo.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso de apelação interposto pelo Município de Campo Grande para reformar a sentença, tão somente para estabelecer os honorários de sucumbência em 10% sobre o valor da causa.

Conheço de parte do apelo de Byter Assessoria e Tecnologia LTDA Me e, quanto ao examinado, nego-lhe provimento.

Em consequência, conforme estabelece o artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro em 2% os honorários advocatícios pelo trabalho desenvolvido na fase recursal pelo causídico do município.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram provimento ao apelo do município e conheceram em parte do recurso interposto pela empresa e, na parte conhecida, negaram provimento, 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, 30 de abril de 2020.

***

2 Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.
(...)
§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

3 I - o grau de zelo do profissional;
II - o lugar de prestação do serviço;
III - a natureza e a importância da causa;IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

1ª Câmara Cível
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues
Agravo de Instrumento nº 1404056-86.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA – DIREITO DA GESTANTE À ACOMPANHANTE NO PARTO – MEDIDA EXCEPCIONAL EM RAZÃO DA PANDEMIA COVID-19 – INDEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA – REQUISITOS AUSENTES – PREVALÊNCIA DO DIREITO DA COLETIVIDADE – PROTEÇÃO À SAÚDE – RECURSO NÃO PROVIDO.

A atuação do direito deve se dar de acordo com a ponderação de valores e, no caso posto em discussão, encerra-se um nítido conflito entre um direito individual, representado pelo direito da gestante de ter um acompanhamento no momento do parto, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, e 6º da CF), e o direito da coletividade, qual seja, de proteção à saúde (art.196, CF), bem como a possibilidade de potencialização de risco ao próprio Sistema Único de Saúde (SUS), de caráter universal.

Em casos tais de extrema excepcionalidade, no meu entender, os interesses individuais devem ser subordinados aos interesses coletivos, eis que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos ou ilimitados, não se verificando, portanto, a probabilidade do direito a ensejar a reforma da decisão de primeiro grau.

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, 22 de maio de 2020.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Gyselle Medeiros de Oliveira Coelho, nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido de Tutela de Urgência de n. 0810901-83.2020.8.12.0001 em que contende com Associação de Amparo à Maternidade e à Infância - AAMI, interpõe agravo de instrumento com pedido de tutela antecipada recursal.

A recorrente, em síntese, aduz que:

Insurge-se contra a decisão de primeiro grau em que lhe fora negada a tutela de urgência pretendida, mantendo a proibição da presença de um acompanhante no momento do parto, em virtude da pandemia causada pelo Covid-19;

Conforme relatório emitido por médico ginecologista obstétrico, a presença do acompanhante pode refletir evolução favorável ao trabalho de parto, dando amparo psicológico e emocional para a gestante;

O exercício ao direito do acompanhante está consolidado como assistência operacional básica, conforme disposto no item 9 e seguintes da RDC nº 36/2008, da Anvisa, além da previsão na Lei Federal nº 11.108/2005, § 6º, do artigo 8º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e item 9 e seguintes, da RDC nº 36/2008, da Anvisa;

Foram providenciados os equipamentos de proteção individual (EPI's) necessários, máscaras e luvas, que serão levados no momento do parto para o hospital pela recorrente, caso estejam em falta no hospital;

A proibição efetivada pela agravada é apenas para o momento do parto, de modo que se possui instalações que comportam um acompanhante, bem como sendo efetivadas as cautelas necessárias recomendadas pelo Ministério da Saúde, não há respaldo para que seja mantida a proibição;

A decisão viola a Lei Federal n. 13.979/20, que dispõe especificamente sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus;

A agravante e seu esposo encontram-se assintomáticos, estão em afastamento social voluntário e possuem equipamentos de proteção individual, ou seja, não demonstram risco para a coletividade;

A autora está no final da gestação, podendo entrar em trabalho de parto a qualquer momento, o que comprova o perigo do dano e evidente risco ao resultado útil do processo;

A probabilidade do direito resta se evidente com a indicação do obstetra para que se tenha melhor evolução no parto e com a garantia do exercício ao direito do acompanhante que está consolidado como assistência operacional básica, conforme RDC's e legislações supracitadas;

A violação à escolha do acompanhante sem qualquer consentimento da mulher, contraria os direitos previstos no artigo 5º e 6º, da Declaração Universal sobre bioética e direitos humanos, além de constituir violência de gênero;

Requer, portanto, a reforma da decisão, concedendo-se a tutela antecipada recursal, sob pena de multa diária, a fim de ser permitida a entrada de seu esposo Sr. Maycon Coelho Gonçalves ou outra pessoa de sua escolha, durante o acolhimento, parto, trabalho de parto ou cirurgia cesariana, pós-parto e internação;

Ao final, seja confirmada a tutela pleiteada.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do recurso nos termos arrazoados (f. 01-23).

O reclamo foi recebido no efeito devolutivo, sem a concessão da tutela antecipada recursal, nos termos da decisão de f. 119-124.

O recurso foi respondido, batendo-se a agravada pelo improvimento do mesmo (f. 126-137).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Gyselle Medeiros de Oliveira Coelho, nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido de Tutela de Urgência de n. 0810901-83.2020.8.12.0001 em que contende com Associação de Amparo à Maternidade e à Infância - AAMI, interpõe agravo de instrumento com pedido de tutela antecipada recursal.

Conforme relatado, insurge-se a recorrente contra a decisão de f. 251-253 dos autos de origem, prolatada pelo Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Campo Grande/MS, que indeferiu o pedido de tutela de urgência pleiteado pela recorrente, mantendo a restrição imposta pela Maternidade/agravada, no sentido de obstar a presença de um acompanhamento no momento do parto.

Por oportuno, colaciono os fundamentos da decisão atacada:

> *"Tenho que, por ora, não assiste razão a autora.*
>
> *Isto porque, ausentes os requisitos previstos na lei processual civil (CPC, art. 300), suficientes a permitirem a concessão da tutela de urgência de natureza antecipada pretendida, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.*
>
> *Insta salientar que não restou demonstrado, ao menos em sede de cognição sumária, a probabilidade do direito alegado, porquanto, embora a requerente defenda que possui direito assegurado por lei ao acompanhante durante o centro cirúrgico (independente da forma de parto), também fez um longo relato sobre as providências necessárias ao enfrentamento do covid 19.*
>
> *Ademais, ainda que o direito da requerente esteja assegurado por lei, no atual cenário em que atravessa o País, assim como o mundo todo, os direitos individuais devem ser mitigados em prol da coletividade, face a declaração pela citada OMS de pandemia global, que inclusive recomendou que fossem adotadas medidas urgentes e agressivas para paralisar a proliferação do vírus.*
>
> *Outrossim, o judiciário não pode tapar os olhos para a gravidade da situação a que se assola o País, em especial do iminente risco de colapso do sistema de saúde, tanto público como particular.*
>
> *Desta feia, a restrição imposta pelo primeiro requerido, não viola, ante a pandemia global, os direitos da requerente, visto que a mesma encontra-se fundamentada (f. 05) na própria pandemia de coronavírus, a fim de evitar aglomerações de pessoas em locais fechados devido a alta taxa de transmissibilidade do vírus, inclusive em pessoas jovens e assintomáticas.*
>
> *Assim, tenho que o periculum in mora não é da parte autora, mas sim de toda a coletividade, de forma que reputo ausente um dos requisitos do art. 300 do CPC.*
>
> *Isto posto, e pelo mais que dos autos consta, hei por bem indeferir o pedido de tutela de urgência requerida na exordial.*
>
> *Cite-se os requeridos para, no prazo legal, apresentar resposta, consoante art. 335 e 183 do Código de Processo Civil.*
>
> *Defiro os benefícios da justiça gratuita ao requerente.*
>
> *Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se."*

Busca a recorrente a reforma da decisão, alegando que o exercício ao direito do acompanhante está consolidado como assistência operacional básica, conforme disposto no item 9 e seguintes da RDC nº 36/2008, da Anvisa, além da previsão na Lei Federal nº 11.108/2005, § 6º, do artigo 8º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e item 9 e seguintes, da RDC nº 36/2008, da Anvisa.

Sustenta que tanto a agravante quanto seu acompanhante estão assintomáticos em relação à doença causada pelo Covid-19 e que providenciaram os equipamentos de proteção individual (EPI's) necessários, máscaras e luvas, usarem no momento do parto.

Por fim, ressalta que a decisão viola a Lei Federal n. 13.979/20, que dispõe especificamente sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

Conforme adiantado na decisão de f. 119-124, a súplica recursal não merece acolhimento.

Com efeito, a Lei Federal n. 11.108/2005, assegura às parturientes o direito à presença de um acompanhante, de sua escolha, durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.

Confira-se:

> *"Art. 19-J. Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.*
>
> *§ 1º - O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturiente.*
>
> *§ 2º - As ações destinadas a viabilizar o pleno exercício dos direitos de que trata este artigo constarão do regulamento da lei, a ser elaborado pelo órgão competente do Poder Executivo."*

A Lei n. 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, no título que trata dos direitos fundamentais à vida e à saúde, também garante tal direito à gestante e à parturiente.

Confira-se:

> *"Art. 8 º-É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde.*
>
> *(...)*
>
> *§ 6º-A gestante e a parturiente têm direito a 1 (um) acompanhante de sua preferência durante o período do pré-natal, do trabalho de parto e do pós-parto imediato."*

A Resolução da Diretoria Colegiada - RDC n. 36, de 03.06.2008, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que dispõe sobre o Regulamento Técnico para funcionamento dos serviços de Atenção Obstétrica e Neonatal, assim como a Resolução Normativa nº 428/2017, da Agência Nacional de Saúde Suplementar, por sua vez, igualmente permitem a presença de acompanhante de livre escolha da mulher no acolhimento, trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.

Confira-se:

> *"RDC N. 36, de 03.06.2008*
>
> *9. Processos operacionais assistenciais*
>
> *9.1 O Serviço deve permitir a presença de acompanhante de livre escolha da mulher no acolhimento, trabalho de parto, parto e pós-parto imediato. (...)*
>
> *Resolução Normativa n. 428, de 07.11.2017*
>
> *Art. 23 - O Plano Hospitalar com Obstetrícia compreende toda a cobertura definida no art. 22, acrescida dos procedimentos relativos ao pré-natal, da assistência ao parto e puerpério, observadas as seguintes exigências:*
>
> *I - cobertura das despesas, incluindo paramentação, acomodação e alimentação, relativas ao acompanhante indicado pela mulher durante:*
>
> *a) pré-parto;*
>
> *b) parto; e*
>
> *c) pós-parto imediato, entendido como o período que abrange 10 (dez) dias após o parto, salvo intercorrências, a critério médico; (...)."*

Entretanto, há que se ter em vista que regras jurídicas são formuladas para momentos de normalidade da vida em sociedade, sendo de conhecimento notório que atualmente enfrentamos situação excepcional e de máxima cautela, provocada por uma pandemia gerada pelo vírus Covid-19 (coronavírus), o que instou a Organização Mundial de Saúde a traçar diretrizes através da Lei n. 13.979/20, que dispõe sobre medidas para

enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, com intuito de afastar a propagação da doença e, consequentemente, evitar a superlotação do sistema de saúde.

Dito isso, é preciso sopesar que a atuação do direito deve se dar de acordo com a ponderação de valores e, no caso posto em discussão, encerra-se um nítido conflito entre um direito individual, representado pelo direito da gestante de ter um acompanhamento no momento do parto, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, e 6º da CF), e o direito da coletividade, qual seja, de proteção à saúde (art.196, CF), bem como a possibilidade de potencialização de risco ao próprio Sistema Único de Saúde (SUS), de caráter universal.

Em casos tais de extrema excepcionalidade, no meu entender, os interesses individuais devem ser subordinados aos interesses coletivos, eis que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos ou ilimitados.

Outrossim, importa ressaltar que, na hipótese, a agravada proibiu a presença do acompanhante apenas na sala de parto e centro cirúrgico no momento do parto, possibilitando, assim, o contato pessoal nos períodos posteriores, o que demonstra a razoabilidade na medida restritiva imposta, como cautela a impedir a proliferação do vírus e resguardar a saúde não só da equipe técnica hospitalar quanto mais da própria parturiente e filho.

Acrescente-se ainda que, como sabido e amplamente propagado pela mídia, desde que instalado o cenário pandêmico, o fato de o acompanhante estar assintomático não implica em dizer que não possa ser propagador do vírus, já que a própria OMS diz que o período típico de incubação - tempo entre a contração do vírus e a manifestação dos sintomas - é de 10 a 14 dias, sendo de rigor que todos cooperem para o controle do pico de transmissão da doença, mais uma vez privilegiando o interesse de toda a coletividade.

É importante ressaltar que cabe aos profissionais técnicos da área médica, considerando a especificidade de cada hospital, adotar as medidas que irão preservar a saúde de seus funcionários e pacientes, inclusive das parturientes e dos recém-nascidos, sob pena de intromissão indesejável do Poder Judiciário na atuação dos demais Poderes.

Por fim, destaco que - embora tenha sido conferido monocraticamente às gestantes da maternidade agravada, a presença de um acompanhante no momento do parto, em sede de Agravo de Instrumento de n. 1404181-54.2020.8.12.0000, interposto na Ação Civil Pública de n. 0811133-95.2020.8.12.0001 - não é o caso de provimento do presente reclamo, pois não há demonstração de exame negativo para o vírus *SARS-CoV-2*, conforme determinado naquele agravo.

Dito isso, não vislumbro a probabilidade do direito invocado, sendo de rigor a manutenção da decisão que indeferiu o pedido de tutela antecipada à agravante.

Diante do exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso interposto por Gyselle Medeiros de Oliveira Coelho, mantendo incólume a decisão 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. 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. Geraldo de Almeida Santiago e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 22 de maio de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Nélio Stábile
Agravo de Instrumento nº 1412113-30.2019.8.12.0000 – Bonito

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO COMUM ESTADUAL PARA A JUSTIÇA ESPECIALIZADA DO TRABALHO – AÇÃO EM QUE SE PRETENDE O PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ALEGADOS DANOS SERIAM DECORRENTES DE ACUSAÇÃO DO EX-EMPREGADOR, DE PRÁTICA DE SUPOSTOS ILÍCITOS CÍVEIS E PENAIS, O QUE REPERCUTIU NA ESFERA MORAL DA AUTORA – AS QUESTÕES DE NATUREZA EMINENTEMENTE TRABALHISTA JÁ FORAM RESOLVIDAS, SEGUNDO CONSTA NOS AUTOS – MERO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, POR ALEGADA OFENSA À HONRA, DEVE TER CURSO NA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL – AUSÊNCIA DE HIPÓTESES ELENCADAS NO ARTIGO 114, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – DECISÃO REFORMADA – 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 unanimidade, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de abril de 2020.

Des. Nélio Stábile

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Suely de Fátima Silva Moura interpõe o presente agravo de instrumento em face do Geraldo Alves Marques e outro, irresignada contra Decisão proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Bonito/MS, nos autos da Ação Indenizatória n. 0800882-73.2016.8.12.0028, que declinou da competência e determinou a remessa dos autos à Justiça do Trabalho.

Alega que a decisão deve ser reformada, haja vista que a agravante discorreu sobre os fatos trabalhistas em sua inicial apenas a título de ilustração e esclarecimentos, na tentativa de explicar o porquê de tudo ter iniciado, mas que na realidade a demanda visa indenização decorrente do fato de que teria sido acusada e processada injustamente, tanto na seara penal quanto civil, o que arruinou sua vida pessoal, social e financeira, motivo pelo qual pretende ser indenizada.

Ao final, postula a concessão do efeito suspensivo e a reforma da decisão, a fim de declarar a competência do Juízo Estadual de Bonito.

O recurso foi recebido em seus efeitos devolutivo e suspensivo (f. 181-182).

Intimados, os agravados não ofertaram resposta (certidão de f. 188).

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Analisando detidamente os autos, concluo que o presente agravo de instrumento deve ser provido.

Isso porque não há qualquer evidência de que a lide versa sobre algum dos assuntos ou matérias dispostas no artigo 114, da Constituição da República, que estabelece a competência da Justiça Especializada Trabalhista, nos seguintes termos:

> *"Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:*
>
> *I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;*
>
> *II as ações que envolvam exercício do direito de greve;*
>
> *III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;*
>
> *IV os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;*
>
> *V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;*
>
> *VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;*
>
> *VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;*
>
> *VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a , e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;*
>
> *IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei."*

A questão se cinge a determinar qual o juízo competente para conhecer e julgar ação ordinária de origem, em que a parte autora, que laborou na empresa requerida, alega ter sofrido ofensa à sua honra e reputação, o que lhe teria causado danos à sua esfera moral. Aduz que tais ofensas decorreriam, inclusive, de imputação de ilícito penal (apropriação indébita), do período em que laborou na empresa requerida.

Contudo, as questões atinentes à relação de trabalho em si já foram resolvidas anteriormente, segundo consta nos autos. O que se alega na ação de origem é que, depois disso, a empresa e seu proprietário teriam realizado acusações de ilícitos cíveis e penais da época em que a autora matinha vínculo empregatício com os réus, inclusive com registro de boletim de ocorrência e posteriores ações judiciais, que teriam sido julgadas improcedentes. Há alegação, ainda, de que o impacto que sofreu por conta das acusações, referentes a ilícitos, é que teriam desencadeado o sofrimento de ordem moral, razão pela qual ajuizou a ação em lançada a Decisão recorrida.

Em se tratando, então, de ação que tem por objetivo o ressarcimento pecuniário por alegado dano de ordem moral, com fulcro no artigo 927, e outros, do Código Civil, que tem caráter eminentemente civil, e não trabalhista propriamente dito, é o caso, então, de permanência do feito no Juízo Comum Estadual, razão pela qual a Decisão deve ser reformada, do que decorre o provimento deste recurso.

Ante o exposto, conheço do presente agravo de instrumento aviado por Suely de Fátima Silva Moura para o fim de dar-lhe provimento e, em reformando a Decisão recorrida, declarar como competente para o conhecimento e julgamento da ação de origem o Juízo Comum Estadual da 1ª Vara da Comarca de Bonito-MS.

É como voto.

Desembargador Nélio Stábile

Relator

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. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 7 de abril de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Nélio Stábile
Apelação Cível nº 0825960-82.2018.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAL E MORAL – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO BANCÁRIO – APELAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – MÉRITO – APLICAÇÃO DO CDC – DEPÓSITO DE NUMERÁRIO EM CAIXA ELETRÔNICO – OPERAÇÃO REALIZADA POR FRAUDADOR, QUE NÃO TERIA COLOCADO DINHEIRO NO ENVELOPE – EXTRATO BANCÁRIO INDICA A EXISTÊNCIA DE PENDÊNCIA DO NUMERÁRIO SUPOSTAMENTE DEPOSITADO, MAS NÃO A DISPONIBILIDADE DE TAL VALOR PARA SAQUE OU OUTRA OPERAÇÃO BANCÁRIA – EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE CIVIL, POR ATO DE TERCEIRO, RECONHECIDA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 14, § 3º, INCISO II, DO CDC – ATIVIDADE BANCÁRIA PRESSUPÕE E ADMITE RISCO, QUE É PRÓPRIO DA ÁLEA NEGOCIAL FINANCEIRA, MAS NÃO TORNA O BANCO GARANTIDOR UNIVERSAL DE TODO E QUALQUER OPERAÇÃO A ELE ATRIBUÍDA, AINDA MAIS QUANDO HÁ FRAUDE DE TERCEIRO EM OPERAÇÃO QUE SEQUER CHEGOU A VALIDAR – NÃO HÁ RESPONSABILIDADE OBJETIVA INCIDENTE – RECONHECIMENTO DA EXCLUDENTE IMPORTA NA AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR POR QUAISQUER TIPOS DE DANOS, SEJA MATERIAL, SEJA MORAL – PEDIDO INICIAL IMPROCEDENTE – SENTENÇA REFORMADA – 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 (Des. Julizar). Julgamento conforme o artigo 942 do CPC.

Campo Grande, 29 de abril de 2020.

Des. Nélio Stábile

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Banco Bradesco S.A. contra a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível de Campo Grande, nos autos de ação de procedimento comum movida por Alexsandra Silva Motta, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial para o fim de: a) condenar o requerido no pagamento de indenização por danos morais no importe de R$5.000,00; b) condenar o réu no pagamento da quantia de R$5.000,00, a título de indenização por danos materiais; c) condenar ambas partes no ônus da sucumbência, em proporção de 70% para a instituição bancária e 30% para a autora da ação e; d) arbitrar os honorários sucumbenciais em 20% sobre o valor da condenação.

Em suas razões, o apelante requer a reforma da sentença, para que o pedido inicial seja julgado improcedente, tendo em vista que também teria sido vítima de fraude perpetrada por terceiro, que teria apresentado para depósito, em terminal eletrônico, envelope em branco (ou vazio), contendo suposto

numerário para ser depositado na conta da recorrida, o que gerou uma operação "fantasma", só constatada posteriormente. Assevera que, como a culpa pela fraude é de terceiro, está comprovada a existência de excludente de sua responsabilidade, razão pela qual não pode ser condenado ao pagamento de qualquer tipo de indenização. Quanto aos danos morais, assevera que a recorrida não demonstrou qualquer conduta que tenha ensejado constrangimento, humilhação ou qualquer outro sentimento de ordem pessoal capaz de lhe abalar a ponto de ter que ser indenizada. Alternativamente, requer a redução da quantia arbitrada a título de indenização por danos morais, para patamar que seja condizente com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade. Requer, também, se mantida a condenação no pagamento da indenização por danos morais, que os juros legais e a correção monetária tenham curso a partir do arbitramento. Pontua especificamente que não pode ser condenado, também, no pagamento de indenização por dano material, posto que não comprovado, pela Autora, qualquer dano deste natureza. Pugna, por último e também subsidiariamente, pela redução da verba honorária.

Em contrarrazões, a Apelada rechaça os pontos de irresignação apresentados pelo recorrente em seu recurso e pugna pelo desprovimento da apelação.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Como o recurso versa sobre diversos temas, hei por bem separá-los em tópicos, para melhor análise de cada um deles.

Da alegada existência de excludente de responsabilidade civil:

O recorrente requer, por primeiro, a reforma da Sentença, para que o pedido inicial seja julgado totalmente improcedente, tendo em vista que também teria sido vítima de fraude perpetrada por terceiro, que teria apresentado para depósito, em terminal eletrônico, envelope em branco (ou vazio), contendo suposto numerário para ser depositado na conta da recorrida, o que gerou uma operação "fantasma", só constatada posteriormente. Assevera que, como a culpa pela fraude seria de terceiro, estaria comprovada a existência de excludente de sua responsabilidade, razão pela qual não pode ser condenado ao pagamento de qualquer tipo de indenização.

Referida alegação merece ser acolhida.

Em primeiro lugar, é de bom alvitre esclarecer que à hipótese são aplicáveis as normas do Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de relação eminentemente consumerista de fornecimento de serviço bancário, estabelecida entre a instituição financeira e a recorrida, que é correntista daquela instituição. E, em assim sendo, tem incidência o disposto no artigo 14, do CDC, que, no *caput* e em seu § 1º, estabelece:

> *"Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*
>
> *§ 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:*
>
> *I - o modo de seu fornecimento;*
>
> *II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;*
>
> *III - a época em que foi fornecido.*
>
> *§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.*
>
> *§ 3° 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.

§ 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa."

Nos autos, há prova suficiente de que o dano foi causado por terceira pessoa, que fraudou o sistema de depósito de numerário em caixa automático, ao inserir envelope em branco (ou vazio) no terminal de autoatendimento. O depósito através de envelope no caixa automático revela apenas expectativa de que aquele valor foi depositado. Assim que o envelope ingressa na máquina, fica anotado o valor que o próprio depositante indica, mas não tem qualquer laivo de veracidade até que seja efetuada a conferência por dois funcionários do banco. Assim, se ao abrir o envelope para conferência, os funcionários verificam que está vazio, o valor é "retirado" do extrato, ou seja, não é confirmado.

A autora não juntou qualquer comprovante de que o depósito tivesse sido feito. Juntou apenas extrato onde constam os depósitos por envelope e com valores ainda dependentes de confirmação.

Com efeito, o documento de f. 22 comprova apenas que o saldo "disponível" para a cliente era de R$55,51 negativos. Os valores de R$3.000,00 e de R$2.000,00, constantes no referido extrato, estão na parte inferior do documento, não integrando a parcela de numerário disponível para saque, justamente porque estava sujeito à verificação posterior dos prepostos da instituição financeira, o que ocorreu, obviamente, posteriormente ao momento do depósito fraudulento.

Assim, restando comprovada a culpa exclusiva de terceiro, no caso, o fraudador do depósito de numerário inexistente, não responde a instituição financeira (fornecedora de serviços bancários) pelo suposto dano, seja comprovado, seja na forma presumida, nos termos do disposto no § 3º, inciso II, do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, acima transcrito.

Dessa feita, como ocorreu fraude perpetrada por terceiro, e tendo em vista que não fora demonstrada qualquer falha por parte do banco, que, aliás, não liberou de pronto o saldo supostamente depositado para utilização pela correntista, conforme comprovado pelo documento de f. 22, não há se falar em qualquer responsabilidade, posto que presentes os elementos suficientes para configuração de excludente de tal responsabilidade, nos termos da legislação consumerista. Não há, portanto, qualquer dever da instituição bancária de ressarcir qualquer dano eventualmente sofrido pela recorrida, seja na esfera moral, seja na esfera material.

Da redistribuição dos ônus sucumbenciais:

Como houve reversão do julgado, pelo provimento deste recurso, os ônus sucumbenciais devem ser suportados integralmente pela ora apelada.

Dos honorários recursais:

Tendo em vista que os honorários foram fixados, na origem, em importe equivalente ao máximo legal, não há se falar em arbitramento de tais honorários nesta Instância recursal.

Ante o exposto, dou provimento à presente apelação ofertada por Banco Bradesco S.A., para, em reformando integralmente a sentença recorrida, julgar improcedente o pedido inicial, tanto quanto à indenização a título de dano material, quanto relativamente à indenização por dano moral.

Consequentemente, hei por bem inverter os ônus sucumbenciais de origem, para que sejam suportados somente pela Autora da ação, ora recorrida.

Sem honorários recursais, posto que arbitrados no máximo legal na origem.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (1º Vogal)

Está em julgamento apelação do Banco Bradesco contra sentença que, na ação de procedimento comum movida por Alexsandra Silva Motta, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para o fim de condenar o recorrente ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, ambas no montante de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Sucumbência recíproca, em proporção de 70% para a instituição bancária e 30% para a autora, com honorários advocatícios de 30% sobre a condenação.

O Relator, il. Des. Nélio Stábile, deu provimento ao apelo do Banco Bradesco S.A., para, em reformando integralmente a sentença recorrida, julgar improcedente o pedido inicial, tanto quanto à indenização a título de dano material, quanto relativamente à indenização por dano moral.

Após bem analisar os autos, peço vênia para dele divergir.

Consta nos autos que o apelado trabalha com cestas básicas e fez uma venda no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Segundo o extrato bancário (f. 22) juntado no processo o comprador depositou no Banco Bradesco, no dia 05/03/2018, os montantes de 2.000,00 e 3.000,00, respectivamente.

No dia seguinte, 06/03/2018, a apelada verificou que os valores, então creditados em sua conta, haviam sido estornados pelo banco, sob o argumento de que os depósitos foram feitos em envelopes vazios.

Verifica-se no extrato (f. 22) inexistir a indicação de qualquer bloqueio ou informação de que os depósitos teriam sido feitos em caixa eletrônico, motivo pelo qual entregou a mercadoria ao terceiro comprador.

As Instituições Bancárias têm o compromisso de zelar pelo patrimônio de seus correntistas e, em caso de extravio de numerário depositado em caixa eletrônico ela deve comprovar a culpa exclusiva do cliente e, não o fazendo, restará demonstrada sua negligência no cumprimento daquele dever, obrigando-a a ressarcir os danos materiais sofridos por ele.

A respeito, foi ressaltado na sentença (f. 110);

> *"(...) por mais que o fato provenha de terceira pessoa, ou seja, que a fraude possa ter sido perpetrada por pessoa alheia às partes nos autos, a parte requerida possui o dever de zelar pelo patrimônio de seus correntistas, devendo, sempre, agir com cautela nesses casos, pois, por mais que terceiro possa ter agido de má-fé, é imperiosa a responsabilidade da parte requerida por não ter tomado as cautelas legais e se certificado corretamente se a pessoa que formalizou os referidos contratos era quem dizia ser."*

Logo, diante da ausência de provas ou elementos contundentes em sentido contrário, resta configurada a falha na prestação de serviços do apelante, de modo que deve responder objetivamente pelos prejuízos suportados pela recorrida, já que sua responsabilidade somente seria afastada se comprovada a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, o que inexiste na hipótese.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DEMONSTRADA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O ENVELOPE UTILIZADO PELA APELANTE ESTAVA VAZIO – HISTÓRICO DE FRAUDE NA AGENCIA DO APELADO FRISADO NA SENTENÇA SINGULAR – INSTITUIÇÃO BANCÁRIA QUE NÃO DILIGENCIOU NO SENTIDO DE MINIMIZAR OS DANOS SOFRIDOS – NECESSIDADE DA PARTE SOCORRER-SE DO PODER JUDICIÁRIO PARA TER SEU DIREITO RECONHECIDO – DANO MORAL CONFIGURADO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO – SENTENÇA SINGULAR REFORMADA."* (TJMS. Apelação Cível n. 0800417-06.2017.8.12.0036, Inocência, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Amaury da Silva Kuklinski, j: 22/04/2020, p: 27/04/2020)

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – DEPÓSITO EM CAIXA ELETRÔNICO – VALOR NÃO CREDITADO EM CONTA – ALEGAÇÃO DE ENVELOPE VAZIO – FALHA NO SERVIÇO PRESTADO PELA INTITUIÇÃO FINANCEIRA – DANOS MATERIAIS CONFIGURADOS. Compete às Instituições Bancárias o compromisso de zelar pelo patrimônio de seus correntistas. Acontecendo o extravio de numerário depositado em caixa eletrônico, e não tendo a Instituição logrado êxito em comprovar a culpa exclusiva do autor, demonstrada está sua negligência no cumprimento daquele dever, o que, portanto, obriga-a a ressarcir os danos materiais sofridos pelo seu cliente."* (TJ-MG - AC: 10000181093873001 MG, Relator: Alberto Henrique, Data de Julgamento: 11/12/0018, Data de Publicação: 13/12/2018).

Dos danos morais

Estabelece o artigo 14 do referido Código que *"o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos."*

Logo, a responsabilidade do banco é objetiva, respondendo, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos/falhas decorrentes dos serviços que presta.

No caso, os danos morais são decorrentes da falha da prestação dos serviços, havendo infringência ao dever de cuidado esperado por parte da empresa fornecedora do serviço no desempenho de seu mister, porque não atuou de forma diligente perante o consumidor.

Destarte, caracterizado se encontra o dano causado ao patrimônio moral da apelada, que além de ver negado seu dinheiro administrativamente, teve que buscar a tutela jurisdicional a fim de ser reconhecida a legalidade da devolução do seu dinheiro.

Do *quantum* indenizatório

O valor da indenização deve ser fixado em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a se constituir em um meio de enriquecimento sem causa para o ofendido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação e proporcionalidade ao grau de culpa, à extensão do dano e à condição social dos envolvidos.

Pelo que se verifica, a apelada só entregou as cestas básicas ao terceiro porque, segundo o extrato de f. 22, o dinheiro estava depositado e compensado em sua conta.

Assim, os danos morais fixados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) mostram-se suficientes para atender suas finalidades e servir de exemplo para o causador do dano não reincidir na prática indevida, não merecendo ser reduzidos.

Conclusão

Ante o exposto, divergindo do i. Relator, voto por se negar provimento ao recurso, ficando integralmente mantida a sentença.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal (Des. Julizar). Julgamento conforme o artigo 942 do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

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 e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 29 de abril de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Nélio Stábile
Apelação Cível nº 0800023-27.2019.8.12.0004 – Amambai

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – SENTENÇA QUE INDEFERE LIMINARMENTE A PETIÇÃO INICIAL – AÇÃO FOI AJUIZADA POR PESSOA JÁ MORTA – PRETENDIDA HABILITAÇÃO DE PESSOA QUE SE DECLARA ESPOSA E OU CONVIVENTE DO *DE CUJUS* – DETERMINAÇÃO DE EMENDA DA INICIAL PARA COMPROVAR A ALEGADA CONDIÇÃO DE HERDEIRA – DECURSO DO PRAZO SEM QUE HAJA CUMPRIMENTO DO DETERMINADO – PRETENSO CUMPRIMENTO DO DETERMINADO, INTEMPESTIVAMENTE, POR DOCUMENTO QUE NÃO POSSUI QUALQUER VALOR JURÍDICO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

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, 30 de abril de 2020.

Des. Nélio Stábile

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Trata-se de recurso de apelação interposta por Antonio de Campos Neto contra a Sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível de Amambai, nos autos de ação de procedimento comum movida por Itaú Unibanco S.A., que indeferiu liminarmente a petição inicial, por ausência de regularização processual do autor, que já era morto ao tempo do ajuizamento da ação.

Em suas razões, o apelante requer a reforma da Sentença, para que seja aceita a "habilitação" dos herdeiros conforme requerida na origem, e para que seja concedido prazo razoável de 60 dias para apresentação da documentação assinada pela herdeira ora "habilitada". Aduz que o autor da ação faleceu no curso da ação, e que a f. 48-49 fora apresentada habilitação de herdeiros no feito. Assevera que a Magistrada teria acolhido a "habilitação" e determinado a herdeira habilitada apresentasse procuração assinada nos autos. Assevera que *"a habilitação dos herdeiros pode ser realizada em qualquer fase processual, sendo desnecessária o indeferimento da petição. Destarte que fora apresentada nos autos por vontade das partes a habilitação de herdeiro, o que afirma que a herdeira deseja continuar com a presente demanda (f. 65)"*. Cita o princípio da celeridade processual e afirma que um simples erro no momento de peticionar ocasionou o indeferimento imediato da inicial, o que iria de encontro ao referido princípio.

Em contrarrazões, o apelado rechaçou os termos do apelo e pugnou pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Analisando o contido nos autos, concluo que o recurso não merece provimento.

Isso porque o advogado do pretenso "autor", que já estava morto ao tempo do ajuizamento da ação, não cumpriu o determinado pelo juízo *a quo*, de regularizar a parte ativa da demanda, devido à sucessão ocorrida a partir do momento do óbito da parte autora.

A f. 48-49, o causídico do autor da ação apresentou petição, requerendo a "habilitação", nos autos, da esposa do falecido, Tereza Antunes Maciel.

O Magistrado, então, determinou, a f. 54, que o patrono trouxesse procuração e prova da condição de herdeira (certidão de casamento) daquela que pretendia se habilitar no feito. Como houve o decurso de prazo (15 dias), consoante certificado a f. 57, o juízo *a quo*, acertadamente, extinguiu o feito, sem resolução de mérito. A questão é regulada pelo artigo 321, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Civil, que estabelece o indeferimento da inicial quando a parte não cumprir a determinação do Juízo, no que se refere à apresentação dos documentos indispensáveis à propositura da ação, nos seguintes termos:

> *"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."*

Como não houve cumprimento da determinação contida no Despacho de f. 54, dentro do prazo estabelecida, a petição inicial é tida por inepta e, nos termos da lei, deve mesmo ser indeferida.

Saliento que a ação foi ajuizada em 04 de janeiro de 2019, com procuração lavrada em 08 de março de 2018 (f. 36-37), ou seja, quase um ano antes. O falecimento do "autor" da ação ocorreu em 11 de setembro de 2018, consoante consta no atestado de óbito a f. 50-51, isto é, quase quatro meses antes da propositura da demanda.

Assim, é forçoso concluir-se que a ação foi proposta quando o pretenso autor já era morto, o que não se admite no ordenamento, posto que se trata de ato jurídico inexistente. Ainda assim, o Magistrado houve por bem determinar a emenda da inicial, para que a pretensa herdeira regularizasse sua situação, para se habilitar na demanda, o que não ocorreu.

Convém frisar que o simples fato de haver anotação, no Atestado de Óbito, de que a pretensa sucessora processual "vivia maritalmente" com o *de cujus* (f. 50), não é suficiente para atestar que era esposa ou convivente daquele, posto que não há menção, no referido atestado, de certidão de casamento ou documento que comprovasse a alegada e possível união estável. Daí a necessidade de se comprovar a qualidade de esposa ou convivente do autor, enquanto vivo, o que fora determinado pelo Juiz e não cumprido pela parte.

Ressalto que, em verdade, o documento mais apropriado era o que comprovasse a condição de inventariante do espólio ou formal de partilha, ou documento equivalente, ainda que se tratasse de inventário negativo, sendo que nenhum desses documentos foi apresentado nos autos.

Pontuo que a pretensa "Declaração de Herdeiros" a f. 73, em que a pretensa sucessora se declara herdeira e viúva do *de cujus*, apõe sua digital, e apresenta assinatura de supostas testemunhas, sem qualquer documento de identificação dessas testemunhas, não possui qualquer valor jurídico, por não comprovarem qualquer ato ou fato jurídico, na forma da lei civil. Além do mais, tal "documento" só foi apresentado nessa Instância, não observando, portanto, o prazo inicial concedido pelo Magistrado de Primeiro Grau.

O mesmo entendimento acima esposado é o dominante na Jurisprudência sobre a matéria, como se vê nos seguintes julgados:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – INFORMAÇÃO DE* ***FALECIMENTO*** *DA PARTE – SUSPENSÃO DO PROCESSO PARA SUBSTITUIÇÃO DO FALECIDO E* ***REGULARIZAÇÃO*** *DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL – ART. 43 DO CPC – TRANSCURSO IN ALBIS – FINDO O PRAZO DE SUSPENSÃO PROCESSUAL E TRANSCORRIDO O LAPSO DE INTERPOSIÇÃO DE EVENTUAIS RECURSOS – EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO RECURSAL – AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.*
>
> *1. Verifica-se o transcurso do prazo concedido sem a manifestação dos sucessores legais o que acarreta a ausência de um dos sujeitos da relação processual.*
>
> *2. Nos termos da jurisprudência desta Corte,* ***a ausência de habilitação dos sucessores determina o não conhecimento do recurso.***
>
> *3. Agravo regimental não conhecido."* (STJ. AgRg no AREsp nº 589.310/BA. Órgão Julgador: 3ª Turma. Relator: Min. Moura Ribeiro. Julgamento: 18.02.2016). (G.n.)
>
> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – ACÓRDÃO EMBARGADO –* ***INFORMAÇÃO DE FALECIMENTO DA PARTE – SUSPENSÃO DO PROCESSO PARA SUBSTITUIÇÃO DO FALECIDO E REGULARIZAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL*** *–* ***ART. 43 DO CPC – TRANSCURSO IN ALBIS*** *– FINDO O PRAZO DE SUSPENSÃO PROCESSUAL E TRANSCORRIDO O LAPSO DE INTERPOSIÇÃO DE EVENTUAIS RECURSOS –* ***EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO RECURSAL.****"* (STJ. Edcl no AgRg no AREsp nº 180.963/MG. Órgão Julgador: 3ª Turma. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento: 03.09.2015). (G.n.)
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO AJUIZADA PELO FILHO DO MUTUÁRIO, APÓS O FALECIMENTO DESTE ÚLTIMO – AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO OU INDICAÇÃO DE INVENTARIANTE – ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO AUTOR – INC. V, DO ART. 12 DO CPC – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> ***O herdeiro, de forma isolada, não tem capacidade de estar em juízo, para postular em nome do pai falecido. Falecendo alguém, há de se lhe abrir o inventário, judicial ou extrajudicial, com a indicação de inventariante que possa postular em nome do espólio, representando-o em juízo.****"* (TJMS. Apelação Cível nº 2011.037372-5. Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. Julgamento: 02.02.2012). (G.n.)
>
> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA C/C TUTELA ANTECIPADA – FALECIMENTO DO AUTOR – INTIMAÇÃO PARA REGULARIZAR O PROCESSO – TRANSCORRIDO 3 ANOS SEM CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL – AUSÊNCIA DE CAPACIDADE PROCESSUAL – PRAZO PARA REGULARIZAÇÃO – INÉRCIA DA PARTE – AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO – EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO – ART. 267, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> ***Extingue-se o processo sem resolução do mérito por falta de um dos pressupostos de desenvolvimento válido e regular (art. 267, IV, CPC) quando, intimada para regularizar a capacidade processual, a parte deixa de cumprir a diligência no prazo determinado.****"* (TJMS. Apelação nº 0003290-35.2008.8.12.0001. Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível. Relator: Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. Julgamento: 18.08.2015). (G.n.)
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO TRIBUTÁRIO – EXECUÇÃO FISCAL – CITAÇÃO DO ESPOLIO – AUSENTE INFORMAÇÃO SOBRE A ABERTURA DE INVENTÁRIO – IMPOSSIBILIDADE – NECESSIDADE DE CITAÇÃO DOS SUCESSORES.*

> ***A lei determina que quando há espólio, este é representado em juízo pelo inventariante; inexistindo o espólio, restando, portanto, apenas a sucessão, todos os herdeiros e sucessores deverão formar o polo da demanda, ativo ou passivo. Jurisprudência do TJRS.*** *Negado seguimento ao agravo de instrumento." (*TJRS. Apelação Cível nº 70068069970. Órgão Julgador: 22ª Câmara Cível. Relatora: Des. Marilene Bonzanini. Julgamento: 27.01.2016). (G.n.)
>
> *"PROCESSUAL CIVIL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – ESPOLIO – HABILITAÇÃO DE TODOS OS HERDEIROS.*
>
> *1. Com o falecimento do titular do direito,* ***a legitimação processual para pleitear em juízo passa a ser do espólio, por meio do inventariante,*** *consoante dispõe o art. 12, V, do CPC. Ou, como vem sendo admitido em determinados casos pela jurisprudência,* ***se não aberto o inventário pela sucessão - ou já encerrado - com a presença de todos os herdeiros no pólo ativo da demanda.*** *Esse é o caso dos autos.*
>
> *2. Agravo provido."* (TRF-4. Agravo de Instrumento nº 5019169-45.2014.404.0000. Órgão Julgador: 3ª Turma. Relator: Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Julgamento: 20.08.2014). (G.n.)

Dessa forma, reputo inválida a tentativa de "habilitação" nos autos, desprovida de documentos ou fundamentos, razão pela qual a Sentença deve ser mantida em seus termos, do que decorre o desprovimento deste recurso.

Ante o exposto, conheço do presente recurso de apelação para o fim de negar-lhe provimento, e manter a Sentença em seus termos.

Sem honorários nesta Instância, posto que não arbitrados na origem.

É como voto.

Desembargador Nélio Stábile

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. Marco André Nogueira Hanson.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Julizar Barbosa Trindade e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 30 de abril de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa
Agravo de Instrumento nº 1402969-95.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – ALEGAÇÃO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA CONSTITUIÇÃO EM MORA – NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL ENCAMINHADA AO ENDEREÇO CONSTANTE NO CONTRATO – PEDIDO REVISIONAL NÃO AFASTA A MORA – RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.

Não é possível, no agravo de instrumento, a apreciação de matérias que não foram objeto da decisão agravada, sob pena de supressão de instância.

Para a comprovação da mora do devedor fiduciário, basta o encaminhamento da correspondência ao endereço fornecido no contrato.

Conforme entendimento pacificado no STJ, em incidente de recurso repetitivo, instaurado no RESP n.º 1.061.530-RS, da Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, para efeito do art. 543-C do CPC, a simples propositura de ação revisional não afasta os efeitos da mora.

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 conheceram em parte do recurso e na parte conhecida negaram provimento, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de abril de 2020.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Edson Rodrigues Pereira de Carvalho interpôs agravo de instrumento em face da decisão proferida em 12/12/2019, pela Juíza de Direito da 20ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, na ação de busca e apreensão proposta por Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A em face do recorrente, deferiu a medida liminar pleiteada.

Em razões recursais, requer, preliminarmente, a concessão da justiça gratuita.

No mérito, sustenta que não houve a apresentação da cédula de crédito bancário original, em ofensa ao princípio da cartularidade.

Aponta que há cobrança de encargos abusivos no contrato.

Menciona que o contrato omite a aplicação de amortização da dívida, bem como a capitalização dos juros.

Ressalta a ilegalidade da cobrança de tarifas administrativas, seguro prestamista e IOF.

Requer:

> *"b) Conceder o benefício da justiça gratuita, nos termos do artigo 98 do Código de Processo Civil, tendo em vista que não possui condições de arcar com os honorários e as custas processuais;*
>
> *c) Acolher a preliminar suscitada, para extinguir a ação sem resolução do mérito em razão da ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (ausência da apresentação da cédula de crédito original), conforme artigo 485, IV, CPC, revogando-se a liminar concedida e retirando o nome do agravante dos Órgãos de Proteção ao Crédito;*
>
> *d) Por fim dar total provimento ao recurso, determinando a reforma integral da decisão interlocutória ora vergastada, por ser medida da mais pura e lídima justiça!"*

O recurso foi recebido à f. 117-127, oportunidade em que foi indeferido o pedido de atribuição de efeito suspensivo e concedeu o benefício da justiça gratuita ao agravante.

O magistrado de primeiro grau prestou informações à f. 131-132.

O agravado apresentou contrarrazões de agravo (f. 133-150), pugnando pelo desprovimento do recurso.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

VOTO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Edson Rodrigues Pereira de Carvalho em face da decisão proferida em 12/12/2019, pela Juíza de Direito da 20ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, na ação de busca e apreensão proposta por Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A em face do recorrente, deferiu a medida liminar pleiteada.

Confira-se trechos da decisão recorrida (f. 105-106):

> *"6. Em razão do deferimento da liminar, determino ao Cartório que insira, com urgência, restrição judicial no prontuário do veículo através do Sistema RENAJUD, consoante o disposto no § 9º do art. 3º do Dec.-Lei nº 911/69, anexando-se aos autos o respectivo comprovante. Caso o veículo esteja registrado em nome de pessoa estranha aos autos, certifique-se e, sem prejuízo do cumprimento desta, cientifique-se a instituição financeira acerca da responsabilidade por eventual prejuízo à terceiro.*
>
> *7. Decorrido o prazo legal sem o pagamento da integralidade da dívida pendente, certifique-se e, de imediato, proceda-se à baixa da restrição inserida via RENAJUD (Dec.-Lei nº 911/69, art. 3º, § 2º).*
>
> *8. Cumpra-se. Intime(m)-se."*

Em razões recursais, requer, preliminarmente, a concessão da justiça gratuita.

No mérito, sustenta que não houve a apresentação da cédula de crédito bancário original, em ofensa ao princípio da cartularidade.

Aponta que há cobrança de encargos abusivos no contrato.

Menciona que o contrato omite a aplicação de amortização da dívida, bem como a capitalização dos juros.

Ressalta a ilegalidade da cobrança de tarifas administrativas, seguro prestamista e IOF.

Requer:

> *"b) Conceder o benefício da justiça gratuita, nos termos do artigo 98 do Código de Processo Civil, tendo em vista que não possui condições de arcar com os honorários e as custas processuais;*
>
> *c) Acolher a preliminar suscitada, para extinguir a ação sem resolução do mérito em razão da ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo (ausência da apresentação da cédula de crédito original), conforme artigo 485, IV, CPC, revogando-se a liminar concedida e retirando o nome do agravante dos Órgãos de Proteção ao Crédito;*
>
> *d) Por fim dar total provimento ao recurso, determinando a reforma integral da decisão interlocutória ora vergastada, por ser medida da mais pura e lídima justiça!"*

O recurso foi recebido à f. 117-127, oportunidade em que foi indeferido o pedido de atribuição de efeito suspensivo e concedeu o benefício da justiça gratuita ao agravante.

O magistrado de primeiro grau prestou informações à f. 131-132.

O agravado apresentou contrarrazões de agravo (f. 133-150), pugnando pelo desprovimento do recurso.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

Pois bem.

Conforme exposto, este Relator indeferiu o pedido de concessão de efeito suspensivo ao cumprimento da decisão agravada, nos termos da decisão que segue (f. 117-127):

> *"Portanto, a concessão do efeito suspensivo ao cumprimento da decisão agravada depende da verificação dos requisitos atinentes ao* ***risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação*** *e à* ***demonstração da probabilidade de provimento do recurso.***
>
> ***Não está presente a probabilidade de provimento do recurso.***
>
> *Para o deferimento da liminar de busca e apreensão, basta a* ***prova do efetivo encaminhamento da notificação ao endereço do devedor fornecido no contrato****,* ***independentemente de recebimento pelo mesmo****, conforme previsto no § 2º, do art. 2º, do Decreto-Lei n.º 911/69, com a redação trazida pela Lei n.º 13.043/2014."* (G.n.)

Confira-se:

> *"Art. 2º (...)*
>
> *§ 2º A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser* **comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário***. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014). Negritei*
>
> *Neste sentido o teor da Súmula n. 72 do STJ,* **'a comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente'**.
>
> *Como se vê, protesto ou a notificação extrajudicial são requisitos intrínsecos para o ajuizamento da ação de busca e apreensão e* **objetivam informar o devedor da mora** *e, com isso,* **viabilizar o pagamento da integralidade da dívida***, sob pena de a propriedade e a posse plena e exclusiva do bem consolidarem-se no patrimônio do credor fiduciário.*

Aliás, referido entendimento, mesmo antes da Lei n.º 13.043, de 13/11/2014, que trouxe novos regramentos para o processo de alienação fiduciária, já era adotado no Superior Tribunal de Justiça e também nesse Tribunal de Justiça." (G.n.)

Confira-se:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC) – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – DECISÃO MONOCRÁTICA DA PRESIDÊNCIA DA SEGUNDA SEÇÃO NEGANDO PROVIMENTO AO RECURSO – IRRESIGNAÇÃO DA PARTE AUTORA. 1. É entendimento pacífico nesta Corte Superior que para ***a constituição em mora na ação de busca e apreensão é imprescindível a comprovação de encaminhamento de notificação extrajudicial ao endereço constante do contrato, bem como de seu efetivo recebimento, ainda que não pessoalmente pelo devedor.*** *Precedentes. Conclusão da Corte local que se amolda à jurisprudência pacífica deste STJ a autorizar a aplicação da Súmula 83/STJ. 2. Agravo regimental desprovido."* (STJ; AgRg no AREsp 467074 / RS; Quarta Turma; Ministro Marco Buzzi; julgado em 21/08/2014 – Destaquei)

"Afasta-se a preliminar de ausência de pressuposto processual válido, no caso a invalidade da notificação extrajudicial, já que ***a constituição em mora foi regular, porquanto encaminhada ao endereço do devedor, pouco importante não ter ele recebido pessoalmente a notificação.*** *De ver-se, ademais, que o STJ, em julgamento de recurso especial repetitivo, decidiu ser válida a notificação expedida por cartório de títulos e documentos situado em comarca diferente da do domicílio do devedor. (TJMS; Apelação - Nº 0842070-35.2013.8.12.0001 - Campo Grande; 5ª Câmara Cível; Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; julgado em 02/06/2015 – destaquei)*

Embora não seja necessária a entrega da notificação extrajudicial para constituição em mora nas mãos do devedor, ***no mínimo a correspondência deverá ser encaminhada ao endereço constante no contrato****. (TJMS; Agravo Regimental - Nº 0801048-88.2013.8.12.0003/50000 - Bela Vista; 3ª Câmara Cível; Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo; julgado em 10/02/2015 – destaquei)*

Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, para fins de comprovação da mora do devedor nos casos de busca e apreensão/alienação fiduciária, ***é válida a notificação extrajudicial realizada por intermédio do cartório de títulos e documentos, contudo, esta deve ser direcionada ao endereço do devedor constante nos autos, ainda que não seja recebida pessoalmente por ele****."* (TJMS; Agravo de Instrumento nº 1411124-97.2014.8.12.0000 - Ponta Porã; 5ª Câmara Cível; Relator Des. Vladimir Abreu da Silva; julgado em 25/11/2014 – Destaquei)

Pois bem.

Aymoré Crédito, Financiamento e Investimentos S/A ajuizou ação de busca e apreensão em face de Edson Rodrigues Pereira de Carvalho, ao argumento de que, em 11/06/2019, concedeu ao requerido financiamento com cláusula de alienação fiduciária no valor de R$ 19.864,13, com vencimento inicial em 11/07/2019 e final em 22/06/2022, conforme contrato de f. 72-73.

Expôs que o requerido tornou-se inadimplente a partir da prestação vencida em 22/10/2019, sendo que a dívida, compreendendo as parcelas vencidas e vincendas, à época do ajuizamento da demanda, em 10/12/2019, era de R$ 18.871,95.

Demonstrou ainda, que a notificação foi encaminhada ao endereço do requerido fornecido no contrato, por meio de carta com aviso de recebimento (f. 83-84).

Confira-se:

Santander
FINANCIAMENTOS

São Paulo, 4 de Novembro de 2019.

À (o) Sr(a).
EDSON RODRIGUES PEREIRA DE CARVALHO
R FURQUIM 19
JARDIM SAO CONR
79093783 CAMPO GRANDE MS

Contrato: 20030808296 Segmento: 100 Subsegmento: 119 Emissão: 11/06/2019
Agência: 048 CAMPO GRANDE
Parcela: 04 Vencimento: 22/10/2019 Valor Original: 650,45

Juros	Multa	Custas	Honorários	Impostos	Saldo Dev	Saldo Dev Tot
4,28	13,01	0,00	21,09	0,39	668,13	18552,12

Informamos V.Sa (s), para que, no prazo máximo e improrrogável de 48 (quarenta e oito) horas, contados do recebimento desta, efetue (m) o pagamento da(s) parcelas(s) descrita(s) acima, cujo valor será devidamente corrigido da data de seu vencimento até a data do seu efetivo pagamento. Para maiores informações entre em contato com a central de relacionamento através dos telefones informados no final desta página.

A falta de atendimento a esta solicitação ensejará por nossa parte o encaminhamento do(s) nome(s) de V.Sa(s) junto ao Registro do SERASA, bem como a adoção das medidas judiciais cabíveis, além da antecipação dos vencimentos das demais prestações, tornando-se imediatamente exigível a totalidade do contrato, ficando V. Sa(s), desde já, constituído(s) em mora, para todos os fins previstos em Lei. Especialmente os procedimentos previstos na Lei 13.043 de 13/11/2014 artigo 101, § 2º; e, em cumprimento a Lei de Transparência 12.741/12.

Caso o pagamento tenha sido efetuado, pedimos desconsiderar esta.


AVISO DE RECEBIMENTO Digital
AGP LEÃO XIII 04/11/2019 LOTE 03
Portal de Documentos
AR
DESTINATÁRIO
EDSON RODRIGUES PEREIRA DE CARVALHO
R FURQUIM 19
JARDIM SAO CON CAMPO GRANDE MS
79093783
AR833963383XP
TENTATIVAS DE ENTREGA
1ª __/__/__ __:__h
2ª __/__/__ __:__h
3ª __/__/__ __:__h
ATENÇÃO: após a 3ª tentativa, devolver o objeto.
MOTIVO DA DEVOLUÇÃO
Mudou-se Recusado
Endereço Insuficiente Não Procurado
Não existe o Número Ausente
Desconhecido Falecido
Outros:
CARIMBO UNIDADE DE ENTREGA
CDD GUANANDI
11 NOV 2019
ENDEREÇO PARA DEVOLUÇÃO DO AR
Centralizador Regional
DECLARAÇÃO DE CONTEÚDO (OPCIONAL)
RUBRICA E MATRÍCULA DO CARTEIRO
Valdeci Coe
82028023
PARA USO DO CLIENTE (OPCIONAL) CONTRATO: 20030808296
ASSINATURA DO RECEBEDOR
NOME LEGÍVEL DO RECEBEDOR
DATA DE ENTREGA
Nº DOCUMENTO DE IDENTIDADE

Assim, comprovada a constituição em mora do devedor, ora agravante.

Não obstante os argumentos do recorrente no que se referem à abusividade das cláusulas contratuais, verifica-se que tais questões não foram submetidas à apreciação do juízo de primeiro grau, razão pela qual sua análise, nessa oportunidade, acarretaria supressão de instância.

E, ainda que assim não fosse, sabe-se que a mera alegação de abusividade e ilegalidade de cláusulas contratuais não afasta a mora do devedor[1].

"Conclusão

Assim sendo, indefiro o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao cumprimento da decisão agravada.

Defiro a justiça gratuita ao agravante."

1 Súmula n.º 380/STJ: A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor.

Considerando-se que não houve qualquer fato novo a alterar a convicção deste julgador quanto ao direito da recorrente, mantenho o entendimento sustentado à f. 117-127, uma vez que presentes os requisitos para a concessão de liminar de busca e apreensão.

Ressalte-se que para a constituição do devedor fiduciário em mora, basta a prova de que a notificação extrajudicial foi encaminhada ao endereço fornecido no contrato de financiamento.

Nesse sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – CONSTITUIÇÃO DO DEVEDOR EM MORA – NOTIFICAÇÃO ENVIADA PARA O ENDEREÇO CONSTANTE DO CONTRATO, MAS NÃO RECEBIDA EM RAZÃO DA MUDANÇA DE DOMICÍLIO DO DEVEDOR FIDUCIANTE – DEVER DO DEVEDOR EM INFORMAR COM EXATIDÃO SEU ENDEREÇO AO AGENTE FINANCEIRO – RECURSO PROVIDO.* ***Para efeito de comprovação da mora e a possibilidade da concessão de liminar de busca e apreensão, nos termos do Decreto-lei 911/69, basta o encaminhamento da notificação extrajudicial ao endereço constante do contrato, pouco importando se não foi recebida em razão da mudança de domicílio do devedor fiduciante, pois era seu dever informar ao agente financeiro seu novo endereço.*** *"* (TJMS. Apelação n. 0800887-43.2011.8.12.0005, Aquidauana, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, j: 24/04/2018, p: 02/05/2018). (G.n.)

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – SUSPENSÃO DO PROCESSO ATÉ JULGAMENTO DA REVISIONAL – REJEITADA – CONSTITUIÇÃO EM MORA – NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL ENCAMINHADA AO ENDEREÇO CONSTANTE DO CONTRATO – EXISTÊNCIA DE AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO – CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO AFASTA A MORA – CET – COBRANÇAS DISCRIMINADAS NO CONTRATO – PRELIMINAR AFASTADA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.* ***Para a comprovação da mora do devedor, basta o encaminhamento da correspondência ao endereço fornecido no contrato.*** *Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça em recurso repetitivo, 'o simples ajuizamento de ação revisional não descaracteriza a mora, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual'. No que tange à cobrança de valores referentes à Seguro Auto RCF e demais encargos, bem analisando os termos da contratação, verifica-se que esta compõe o CET – Custo Efetivo Total, já que foi prevista e autorizada pelas partes contratantes quando da assinatura do contrato, restando patente a legalidade da mesma. Preliminar afastada. Recurso não provido."* (TJMS. Apelação n. 0815704-17.2017.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. João Maria Lós, j: 08/05/2018, p: 14/05/2018). (G.n.)

No que se refere à alegada abusividade das cláusulas contratuais, verifica-se que tais questões não foram submetidas à apreciação do juízo *a quo*, de modo que sua análise acarretaria supressão de instância.

Não fosse isso, conforme consignado na decisão que indeferiu a antecipação de tutela recursal, ausente a probabilidade do direito do agravado, uma vez que, conforme entendimento pacificado no STJ, em incidente de recurso repetitivo, instaurado no RESP n.º 1.061.530-RS, da Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, para efeito do art. 543-C do CPC, a simples propositura de ação revisional não afasta os efeitos da mora, e não autoriza a cessação das cobranças.

Assim, a manutenção da decisão proferida pelo magistrado de primeiro grau é medida que se impõe.

Dispositivo

Diante do exposto, conheço em parte do agravo de instrumento interposto por Edson Rodrigues Pereira de Carvalho e, na parte conhecida, nego-lhe provimento.

É como voto.

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. 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 e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 30 de abril de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa
Apelação Cível nº 0804647-51.2017.8.12.0017 – Nova Andradina

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – OBRIGAÇÕES QUE ABRANGE TODOS OS IMÓVEIS DAS EMPRESAS – COMPROMISSOS ASSUMIDOS – RECUPERAÇÃO DA ÁREA – COMPROVADO – ÔNUS DA PROVA – AVERBAÇÃO DA RESERVA LEGAL À MARGEM DA MATRÍCULA – DESNECESSIDADE – REGULARIZAÇÃO DO IMÓVEL JUNTO AO CARMS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Nos termos da Súmula 623 do STJ: *"As obrigações ambientais possuem natureza propter rem, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor."*

O termo de ajustamento de conduta firmado no bojo do inquérito civil 060/2010/1ªPJNA alcançou todos os imóveis da empresas/requeridas, inclusive os imóveis tratados no inquérito civil 010/2012/1ªPJNA, comprometendo-se a sanar as irregularidades e promover a recuperação dos danos ambientais provocados pela exploração agrícola .

Comprovado que diligências empreendidas para recuperar as áreas degradadas são úteis o suficiente para atender os termos assumidos, os embargos à execução devem ser acolhidos e a execução extinta pelo cumprimento da obrigação.

O advento do novo Código Florestal, trazendo normas incompatíveis com aquelas firmadas no Termo de Ajustamento de Conduta retiram a exigibilidade do título executivo, mormente se comprovado que o proprietário do imóvel rural procedeu à regularização do bem e inscrição no CAR - Cadastro Ambiental Rural.

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

Campo Grande, 27 de maio de 2020.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Companhia Colorado de Agronegócios e Energetica Santa Helena S.A interpôs apelação cível em face da sentença proferida pelo Juiz Robson Celeste Candelorio da 2ª Vara Cível da Comarca de Nova Andradina que nos embargos à execução opostos em face da execução de obrigação de fazer iniciado por Ministério Público Estadual, julgou improcedente os pedidos iniciais.

Em razões recursais (f. 781-806) alega preliminar de ilegitimidade passiva da empresa Colorado para figurar no polo passivo, em razão de não ter assinado o termo de ajustamento de contuda objeto da execução.

No mérito, aduzem a ilegalidade da pretensão de execução das obrigações contidas no Inquérito Civil 10/2013, sob o argumento de que naqueles autos investigatórios não houve a assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta TAC.

Destacam que o programa de recuperação da área degradada pode demorar anos para ser concluído e que estão adotando práticas conservacionistas para controlar, minimizar e corrigir os efeitos da erosão.

Expõe que falece interesse de agir ao Ministério Público no que tange às obrigações conflitantes com a legislação ambiental posterior.

Afirmam que está comprovado o cadastro dos imóveis no Cadastro Ambiental Rural CAR, de modo que não prevalece a obrigação de concernente à averbação da reserva legal nas matrículas dos imóveis.

Argumenta que *"a regularização da reserva legal está condicionada à aprovação dos PRADAs anexos ao CARMS de cada propriedade, lembrando que as áreas estão demarcadas a campo e que estes documentos já foram entregues perante o órgão ambiental, e nesta aprovação serão determinados os prazos, meios técnicos e localidades, sendo certo que o próprio órgão ambiental pode determinar que a reserva legal seja constituída em outra área que não a apresentada pela empresa; a APP está conservada; bem como há conservação do solo por parte da ré, ou seja, há o cumprimento da legislação ambiental acerca dos temas enfrentados. São obrigações que já estão insertas nas obrigações após inscrição no CAR."*

Requer *"seja reformada a decisão recorrida para julgar a ação procedente em todos os seus pedidos, invertendo-se, por conseguinte os ônus sucumbenciais."*

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 813-830), pugnando pelo desprovimento do recurso. Não apresentou pedidos na forma dos §§ 1º e 2º, do art. 1.009, do CPC[1].

Parecer da Procuradoria-Geral de justiça pelo desprovimento do recurso (f. 840-850).

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Companhia Colorado de Agronegócios e Energética Santa Helena S.A objetivando a reforma da sentença proferida em 30/6/2019 pelo Juiz da 2ª Vara Cível de Nova Andradina que nos embargos à execução opostos em face da execução de obrigação de fazer iniciado por Ministério Público Estadual, julgou improcedente os pedidos iniciais.

Confira-se o dispositivo da sentença (f. 755-773):

> *"Posto isso, afasto as preliminares aventadas e julgo improcedente o pedido deduzido nos presentes embargos, devendo a execução em apenso prosseguir seu curso normal.*
>
> *Custas pelas embargantes, rateadas em partes iguais.*
>
> *Sem honorários porque a parte contrária é o Ministério Púbico Estadual, sendo, portanto, incabíveis."*

Em razões recursais (f. 781-806) alega preliminar de ilegitimidade passiva da empresa Colorado para figurar no polo passivo, em razão de não ter assinado o termo de ajustamento de contuda objeto da execução.

No mérito, aduzem a ilegalidade da pretensão de execução das obrigações contidas no Inquérito Civil 10/2013, sob o argumento de que naqueles autos investigatórios não houve a assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta TAC.

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.

Destacam que o programa de recuperação da área degradada pode demorar anos para ser concluído e que estão adotando práticas conservacionistas para controlar, minimizar e corrigir os efeitos da erosão.

Expõe que falece interesse de agir ao Ministério Público no que tange às obrigações conflitantes com a legislação ambiental posterior.

Afirmam que está comprovado o cadastro dos imóveis no Cadastro Ambiental Rural CAR, de modo que não prevalece a obrigação de concernente à averbação da reserva legal nas matrículas dos imóveis.

Argumenta que *"a regularização da reserva legal está condicionada à aprovação dos PRADAs anexos ao CARMS de cada propriedade, lembrando que as áreas estão demarcadas a campo e que estes documentos já foram entregues perante o órgão ambiental, e nesta aprovação serão determinados os prazos, meios técnicos e localidades, sendo certo que o próprio órgão ambiental pode determinar que a reserva legal seja constituída em outra área que não a apresentada pela empresa; a APP está conservada; bem como há conservação do solo por parte da ré, ou seja, há o cumprimento da legislação ambiental acerca dos temas enfrentados. São obrigações que já estão insertas nas obrigações após inscrição no CAR."*

Requer *"seja reformada a decisão recorrida para julgar a ação procedente em todos os seus pedidos, invertendo-se, por conseguinte os ônus sucumbenciais."*

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 813-830), pugnando pelo desprovimento do recurso. Não apresentou pedidos na forma dos §§ 1º e 2º, do art. 1.009, do CPC[2].

Parecer da Procuradoria-Geral de justiça pelo desprovimento do recurso (f. 840-850).

O julgamento foi convertido em diligência para que o juízo *a quo* determine a constatação nas áreas rurais para verificação se, desde 2017 até a presente data houve alterações/implementação de medidas para recuperação da área e o atual desenvolvimento das técnicas aplicadas (f. 857-860).

O laudo de constatação foi juntado à f. 871-872, sobre os quais as partes se manifestaram (f. 890-891, 906-910 e 915-917).

Breve relato dos fatos.

O Ministério Público Estadual instaurou os Inquéritos Civis nº 060/2010/1ªPJNA e 010/2013/1ªPJNA para apurar a responsabilidade pelos danos ambientais das fazendas margeadas pelo córrego Laranjal e seus afluentes.

Aduz que o primeiro inquérito civil (060/2010/1ªPJNA) foi autuado com objetivo de sanar as irregularidades e promover a recuperação dos danos ambientais provocados pela exploração agrícola da propriedade rural denominada fazenda Santo Antônio, objeto da Matrícula nº 22.574 do Serviço Registral de Imóveis de Nova Andradina e o segundo inquérito civil (010/2013/1ªPJNA) referente à exploração da propriedade rural denominada fazenda Santa Helena, inclusive onde se localiza a unidade industrial da Energética Santa Helena, objeto das Matrículas nº 23.321, 23.322 e 22.377, todas do Serviço Registral de Imóveis de Nova Andradina.

Em novembro de 2010, Bruno Coutinho Gonçalves Fernandes, na qualidade de sócio-diretor da empresa TAG Agrícola LTDA, formalizou termo de ajustamento de conduta com o Ministério Público nos autos do Inquérito Civil nº 060/2010/1ªPJNA.

Aduz que não obstante a assinatura do TAC, analistas ambientais do IBAMA realizaram vistoria técnica nas propriedades (em maio de 2011 na fazenda Santo Antônio e em novembro de 2012 na fazenda Santa Helena) e constataram diversas situações que caracterizavam o descumprimento das obrigações assumidas.

Preliminar. Ilegitimidade passiva de Companhia Colorado de Agronegócios.

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.

Os apelantes alegam que a empresa Colorado não compõe o Termo de Ajustamento de Conduta, que foi assinado pela empresa TAG, incorporada pela Energética Santa Helena e pelo Ministério Público Estadual, de modo que embora a Fazenda Santo Antônio seja de propriedade da Companhia Colorado de Agronegócios (matrícula f. 57-61 dos autos da Execução), é ilegítima para figurar na execução.

Sem razão os apelantes.

Depreende-se do entendimento sumulado no Superior Tribunal de Justiça que as obrigações de cunho ambiental são de natureza *propter rem*.

Confira-se:

> *"Súmula 623-STJ: As obrigações ambientais possuem natureza propter rem, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor."*

Isso significa que as obrigações ambientais aderem ao título de domínio ou posse e se transferem ao atual proprietário ou possuidor, ainda que eles não tenham sido os responsáveis pela degradação ambiental. Vale ressaltar também que não interessa discutir a boa ou má-fé do adquirente, considerando que não se está no âmbito da responsabilidade subjetiva, baseada em culpa.

Na hipótese, conforme matrícula juntada no feito executivo (f. 57-61) a Companhia Colorado de Agronegócios é a atual proprietária da Fazenda Santo Antônio, de modo que as obrigações constantes do TAC passaram a obrigá-la com a transferência da titularidade.

Logo, afasto a preliminar arguida.

Mérito.

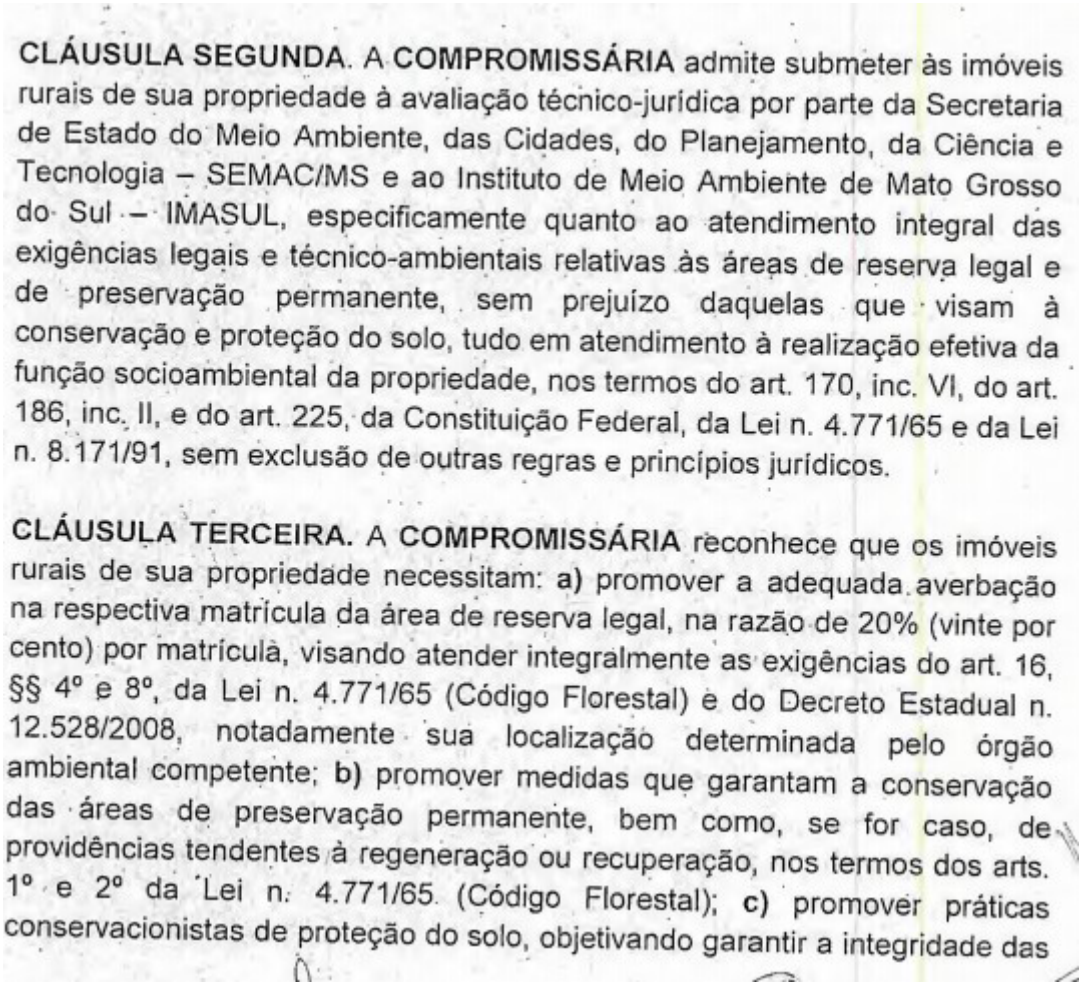
Obrigações contidas no Inquérito Civil 10/2013.

Os apelantes aduzem a ilegalidade da pretensão de execução das obrigações contidas no Inquérito Civil 10/2013, sob o argumento de que naqueles autos investigatórios não houve a assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta TAC.

Não lhe assistem razão.

Isso porque, em que pese o TAC ter sido firmado no bojo do Inquérito Civil 60/2008, tem por objeto os imóveis rurais de sua propriedade (cláusula segunda e terceira - f. 276 dos autos executivos).

Confira-se:



CLÁUSULA SEGUNDA. A **COMPROMISSÁRIA** admite submeter às imóveis rurais de sua propriedade à avaliação técnico-jurídica por parte da Secretaria de Estado do Meio Ambiente, das Cidades, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia – SEMAC/MS e ao Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – IMASUL, especificamente quanto ao atendimento integral das exigências legais e técnico-ambientais relativas às áreas de reserva legal e de preservação permanente, sem prejuízo daquelas que visam à conservação e proteção do solo, tudo em atendimento à realização efetiva da função socioambiental da propriedade, nos termos do art. 170, inc. VI, do art. 186, inc. II, e do art. 225, da Constituição Federal, da Lei n. 4.771/65 e da Lei n. 8.171/91, sem exclusão de outras regras e princípios jurídicos.

CLÁUSULA TERCEIRA. A **COMPROMISSÁRIA** reconhece que os imóveis rurais de sua propriedade necessitam: **a)** promover a adequada averbação na respectiva matrícula da área de reserva legal, na razão de 20% (vinte por cento) por matrícula, visando atender integralmente as exigências do art. 16, §§ 4º e 8º, da Lei n. 4.771/65 (Código Florestal) e do Decreto Estadual n. 12.528/2008, notadamente sua localização determinada pelo órgão ambiental competente; **b)** promover medidas que garantam a conservação das áreas de preservação permanente, bem como, se for caso, de providências tendentes à regeneração ou recuperação, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei n. 4.771/65 (Código Florestal); **c)** promover práticas conservacionistas de proteção do solo, objetivando garantir a integridade das

Na hipótese, o primeiro Inquérito Civil (060/2010/1ªPJNA) refere-se à fazenda Santo Antônio, objeto da Matrícula nº 22.574 do Serviço Registral de Imóveis de Nova Andradina e o segundo Inquérito Civil (010/2013/1ªPJNA) diz respeito à fazenda Santa Helena, objeto das Matrículas nº 23.321, 23.322 e 22.377, todas do Serviço Registral de Imóveis de Nova Andradina, de propriedade dos apelantes.

Repisa-se a obrigação *propter rem* em relação à responsabilidade civil por dano ambiental, nos termos da Súmula 623 do STJ, já analisada.

Esta foi a conclusão na sentença, que não merece reparos.

Confira-se:

> *"Da análise do título executado, verifica-se que compromissária, TAG Agrícola LTDA, assumiu as obrigações de fazer e não fazer descritas no TAC, tanto de forma direta, como por intermédio de celebração de contratos de arrendamento ou parceria agrícola. Além disso, comprometeu-se a proteger as áreas de preservação permanente e de reserva legal dos imóveis próprios ou de parceiros. Destarte, deve ser afastada a tese de que não existe obrigação assumida mediante o TAC relativa à propriedade Santa Helena, pois, indubitavelmente, foi realizado para o fim de englobar todas as áreas rurais exploradas pelo compromissária. Anote-se que existe a obrigação associada ao imóvel rural Santa Helena, bem como deve ser considerado o fato de a empresa então compromissária no título executivo (TAG Agrícola LTDA.) ter sido incorporada pela embargante Energética Santa Helena S/A, a qual passou a ser a responsável por todos os direitos e obrigações da empresa incorporada. Vale repisar que, em decorrência da incorporação, a embargante Energética Santa Helena S/A foi elevada à condição de compromissária no título executivo, bem como por ser a legítima proprietária da fazenda Santa Helena, por óbvio, é responsável direta pelas obrigações de fazer e não fazer (propter rem) concernentes àquela propriedade."*

Logo, não comporta reforma a sentença apelada.

Das obrigações assumidas no TAC.

Os apelantes destacam que o programa de recuperação da área degradada pode demorar anos para ser concluído e que estão adotando práticas conservacionistas para controlar, minimizar e corrigir os efeitos da erosão.

A solução da causa passa, necessariamente, pelo exame e valoração do material probatório produzido na instrução do feito.

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

Confira-se:

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

Daniel Amorim Assumpção Neves[3] a respeito do tema ensina que:

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

O fundamento da repartição do ônus da prova entre as partes é, além de uma razão de oportunidade e de experiência, a ideia de equidade resultante da consideração de que, litigando as partes e devendo conceder-lhes a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova.

Na hipótese, o Ministério Público Estadual comprovou, por meio do Relatório de Vistoria Técnica nº 051/DAEX/CORTECPGJ/2017, de maio de 2017, a existência de processos erosivos ainda ativos, inclusive que alcançaram profundidade suficiente para interceptar o lençol freático, e que as áreas de reserva legal e preservação permanente não apresentaram regeneração satisfatória, até mesmo aquelas que foram objeto de PRADE, pois possuem alta densidade de capim *Brachiaria sp.* e poucas espécies nativas.

Confira-se (f. 876-892 do processo de execução):

3 NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado**. Salvador: Podivm, 2016. p. 656.

IX. Conclusão

Após realização de vistoria, conclui-se que a propriedade rural denominada Fazenda Santa Helena (matriculas 23.321, 23.322 e 22.377), delimitou e resguardou áreas adjacentes aos corpos hídricos do imóvel, onde não é exercida nenhuma atividade ou plantio, a fim de possibilitar a regeneração natural da vegetação nativa nesses locais, que seriam destinados à composição de APP e reserva legal.

Ressalta-se, porém, que em vários desses pontos, o processo de regeneração natural mostra-se insuficiente até o momento, havendo baixa quantidade e pouca variabilidade de espécies nativas nos locais visitados.

Também, na cabeceira do CSD-2 (divisa com a Fazenda Santa Estela), foram constatados processos erosivos ainda ativos, que alcançaram profundidade suficiente para interceptar o lençol freático, culminando no seu afloramento. Assim, a estabilização do processo, sem a adoção de técnicas específicas de intervenção, se torna dificultosa, principalmente devido à atividade de solapamento.

Para tanto, torna-se recomendável a adoção de técnicas complementares para melhor recuperação dessas áreas em um menor espaço de tempo.

Por sua vez, o laudo de constatação realizado em 6/2/2020 dá conta que as diligências para recuperar as áreas degradadas surtiram efeitos.

Confira-se (f. 871-872):

> *"De acordo com o RVT/2017, a vinhaça para irrigação de parte do cultivo era conduzida por meio de canais abertos no solo e não impermeabilizados. Atualmente a vinhaça é conduzida apenas por adutoras subterrâneas, com várias caixas de inspeção e distribuição (foto n. 01 em anexo).*
>
> *Quanto aos pontos erosivos destacados pelo RVT/17 (figuras 22 e 23), verifica-se que o processo de erosão ficou estabilizado devido alguns fatores: manutenção das curvas de nível, a própria regeneração de vegetação nativa e com o plantio de mudas de vetiver. Por se tratar de erosão do tipo ravina, vale ressaltar que mesmo com as chuvas intensas nesta estação, não ocorreu aumento de erosão nas referidas áreas, como se vê nas fotos de n. 2 e 3 (em anexo).*
>
> *Próximo a este ponto (coordenadas 21°59'13.10"S e 53°24'33.49"O, figuras 12 e 13 do RTV/17), já se verifica muitos brotos de mata nativa (cerrado), bem como, a existência de algumas manchas do capim brachiaria, no entanto, estão sendo plantadas mudas de espécie nativa e, simultaneamente, com a própria regeneração da mata natural; à medida que estas matas vão crescendo, vão eliminando o capim, na disputa pela fotossíntese (foto n. 04 em anexo).*
>
> *Noutro ponto (coordenadas 21°59'46.24"S e 53°25'57.89"O, figuras 08 e 21°59'17.00"S e 53°25'46.71"O, figuras 09 do RTV/17), a recuperação foi notadamente mais rápida, vê-se uma vegetação mais alta com maior número de espécies por área (fotos 5 e 6 em anexo).*

Quanto aos corpos hídricos (coordenadas 21º59'50.19"S e 53º25'49.52"O, figuras 14 e 15 do RTV/17) verifica-se sua recuperação, tendo em vista a ocupação de aguapés e a coloração da água (fotos n.s 7 e 8 em anexo). Quanto ao restante, os aterros das barragens para passagem de veículos, encontram-se em bom estado, com manutenção nas caixas de contenção, bem como a impermeabilização (foto n. 9 em anexo) para proteção de águas pluviais.

Quanto a destinação dos resíduos (figuras 24 do RTV/17) e a captação d'água para usina (figuras 18 e 19 do RTV/17), estão sendo mantidos os mesmos procedimentos."

Assim, em que pese a conclusão inicial de que não havia indícios de que as diligências empreendidas estavam sendo úteis, a constatação atual, pelo oficial de justiça, dá conta de que a área está em pujante recuperação.

Logo, a sentença comporta reforma neste ponto.

Obrigação de averbar reserva legal à margem da matrícula.

As obrigações assumidas no acordo que se executa foram firmadas na vigência do Código Florestal de 1965, de modo que, com a entrada em vigor do Novo Código Florestal de 2012, referidas obrigações devem ser readequadas.

Nesse sentido o Decreto n.º 8235 de 5 de maio de 2014 que trata especificamente sobre a questão em seu artigo 12.

Confira-se:

"Art. 12. Os termos de compromissos ou instrumentos similares para a regularização ambiental do imóvel rural referentes às Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito, firmados sob a vigência da legislação anterior, deverão ser revistos para se adequarem ao disposto na Lei nº12. 651, de 2012.

§ 1º O disposto no caput aplica-se exclusivamente aos casos em que o proprietário ou o possuidor do imóvel rural requerer a revisão.

§ 2º Realizadas as adequações requeridas pelo proprietário ou possuidor, o termo de compromisso revisto deverá ser inscrito no Sicar.

§ 3º Caso não haja pedido de revisão, os termos ou instrumentos de que trata o caput serão respeitados."

Em que pese a existência de entendimento contrário, referido decreto é expresso ao determinar que os Termos de Ajustamento de Conduta realizados na vigência do Código Florestal de 1965 deverão ser revistos para que sejam adequados aos termos do Novo Código Florestal.

Nesse sentido:

"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – IMPUGNAÇÃO. ART. 61-A E ART. 67 DO CÓDIGO FLORESTAL – JULGAMENTO DA ADC 42 E ADI'S 4901, 4902, 4903 E 4937 PELO STF – CONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA – RECOMPOSIÇÃO DA ÁREA – IMÓVEL RURAL SEM CURSOS D'ÁGUA NATURAIS E INFERIOR A QUATRO MÓDULOS FISCAIS EM 22/7/2008 – RECURSO PROVIDO. Em 28.2.2018, os Ministros do STF, no julgamento da ADC 42, ADI'S 4901, 4902, 4903 e 4937, declararam a constitucionalidade, dentre outros, dos artigos 61-A e 67 do Código Florestal. O advento do novo Código Florestal, trazendo normas incompatíveis com aquelas firmadas no Termo de Ajustamento de Conduta retiram a exigibilidade do título executivo, inclusive havendo cláusula expressa quanto à adequação do acordo às alterações da legislação ambiental." (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1413080-46.2017.8.12.0000,

Ivinhema, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 17/10/2018, p: 18/10/2018)

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME DE SENTENÇA – EMBARGOS EXECUÇÃO DE TERMO E AJUSTAMENTO DE CONDUTA HOMOLOGADO JUDICIALMENTE – NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA – CARÊNCIA DE AÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – NULIDADE DA SENTENÇA POR OMISSÃO DA APRECIAÇÃO DAS TESES DE AUSÊNCIA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO TÍTULO – PRELIMINARES AFASTADAS – ALEGAÇÃO DE CUMPRIMENTO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA– LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE – NOVO CÓDIGO FLORESTAL (LEI 12.651/12) – APLICAÇÃO DO ARTIGO 462 DO CPC – OBRIGAÇÕES AJUSTADAS NO TAC INCOMPATÍVEIS COM A NOVA LEGISLAÇÃO – FALTA DE EXIGIBILIDADE DO TÍTULO – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO– CONDENAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO PAGAMENTO DE CUSTAS E DE HONORÁRIOS – NÃO CABIMENTO – AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ – RECURSOS VOLUNTÁRIO E OBRIGATÓRIO PROVIDOS. Não há óbice à execução do Termo de Ajustamento de Conduta- TAC se o Estado se obrigou ao cumprimento das obrigações estabelecidas, motivo por que não há falar em impossibilidade jurídica do pedido. O Ministério Público é parte legítima para executar o Termo de Ajustamento de Condutado qual é signatário. Não há falar em cerceamento de defesa pela não produção de prova, se essa era desnecessária para o julgamento do feito. Também não há falar em omissão da sentença na apreciação das teses do apelante de ausência de certeza e liquidez do TAC, bem como, acerca da incidência de juros e correção monetária, haja vista que a matéria foi apreciada em embargos de declaração na primeira instância.* ***O advento de legislação superveniente (novo Código Florestal) trazendo normas incompatíveis com aquelas firmadas no Termo de Ajustamento de Conduta retiram a exigibilidade do título executivo****, impondo-se a extinção da execução. É possível aplicar a legislação promulgada após a prolação da sentença, eis que considerada fato novo superveniente e passível de aplicação de ofício nos termos do artigo 462 do CPC. A teor do artigo 18 da Lei n. 7.347/85, aplicado por analogia, não é cabível a condenação do Ministério Público ao pagamento de custas e de honorários advocatícios, salvo comprovação de má-fé."* (Apelação nº 0101425-24.2006.8.12.0043. Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva; Comarca: São Gabriel do Oeste; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 12/12/2013; Data de registro: 14/01/2014). Destaquei.

Assim, tenho que o recorrido comprovou a regularização do bem e inscrição no CAR - Cadastro Ambiental Rural (f. 577-592), em 14/4/2015 e 1º/5/2015, que depende da análise técnica órgão competente, questão administrativa, que não implica na obrigação de suportar mais o ônus de averbação da reserva legal à margem da matrícula.

Nesse sentido:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – INSCRIÇÃO NO CADASTRO AMBIENTAL RURAL – RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA – INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 61 A 67 DO CÓDIGO FLORESTAL – APLICABILIDADE – IMÓVEL RURAL INFERIOR AO MÓDULO RURAL – DISPENSA DE RESTAURAÇÃO DO MÍNIMO DE 20% – CÔMPUTO DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE À RESERVA LEGAL – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. As disposições elencadas no Novo Código Florestal – Lei n° 12.651/12 não importam em ocorrência de um retrocesso no amparo ao meio ambiente, pois apenas estabelecem disposições mais aprazíveis, com o propósito de não impor um ônus demasiado ao proprietário, sem contudo, deixar de defende-lo. O Código Florestal continua em pleno vigor, não havendo que se falar em suspensão das ações que têm por objeto a aplicação de seus dispositivos, eis que, diante da ausência de uma decisão contrária, há presunção de constitucionalidade daquela lei. Tendo a parte comprovado a regularização do bem e inscrição no CAR - Cadastro Ambiental Rural, bem como que o imóvel é inferior a quatro módulos fiscais, situação que, de acordo com a Lei 12.651/2012, retira-lhes a obrigação de recompor/restaurar a reserva legal no limite de 20%, sendo obrigado a mantê-la, bem como*

lhes permite somar as áreas de preservação permanente à área de reserva legal." (TJMS. Apelação n. 0001390-81.2008.8.12.0012, Ivinhema, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 13/12/2017, p: 14/12/2017)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – POSSIBILIDADE – REGRA DE INSTRUÇÃO – PRECLUSÃO – STF – CONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 61-A E 67 DA LEI N. 12.651/12 – APLICAÇÃO DEVIDA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. Em matéria ambiental, têm incidência a inversão do ônus da prova, com base no artigo 6, VIII, do CDC ou nos princípios da precaução e do in dubio pro natura, bem como a distribuição dinâmica do ônus da prova, em função das especificidades do caso concreto. A inversão do ônus da prova se trata de regra de instrução, 'devendo a decisão judicial que determiná-la ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos'. (Segunda Seção. EREsp 422.778-SP. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 42, vem manifestando pela constitucionalidade dos artigos 3º, XIX; 4º, III, e § 1º e § 4º; 4º, § 5º e § 6º; 5º, caput, § 1º e § 2º; 8º, § 2º; 12, § 4º, § 5º, § 6º, § 7º e § 8º; 13, § 1º; 15; 44; 48, § 2º; 61-A; 61-B; 61-C; 62; 63; 66, § 3º, § 5º e § 6º; 67; 68; 78-A; ii) declarar a inconstitucionalidade das expressões 'gestão de resíduos' e 'instalações necessárias à realização de competições esportivas estaduais, nacionais e internacionais', contidas no art. 3º, VIII, b; das expressões 'demarcadas' e 'tituladas', contidas no art. 3º, parágrafo único; da expressão 'realizada após 22 de julho de 2008', contida nos arts. 7º, § 3º, e 17, caput e § 3º; e dos arts. 59 e 60, todos da Lei nº 12.651/2012 (Código Florestal)." (TJMS. Apelação n. 0001423-71.2008.8.12.0012, Ivinhema, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vladimir Abreu da Silva, j: 08/08/2018, p: 10/08/2018)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MEIO AMBIENTE – CÓDIGO FLORESTAL – APLICAÇÃO IMEDIATA DAS DISPOSIÇÕES DO NOVO CÓDIGO – CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DO NOVO CÓDIGO – JULGAMENTO ENCERRADO NO STF – PRAZOS E CONDIÇÕES MAIS FAVORÁVEIS – SENTENÇA REFORMADA – IMPROCEDÊNCIA DOS PLEITOS INICIAIS – RECURSO PROVIDO. A Lei nº12.651/2012 revogou a Lei nº4.771/1965, passando a regular inteiramente a matéria tratada pela lei anterior, com vigência e aplicação imediatas. Em virtude de recente julgamento das ADI´s de ns. 4901, 4902, 4903 e 4937, pelo Supremo Tribunal Federal, não há falar em inconstitucionalidade dos arts. 61-A e 67, do Código Florestal. Se parte recorrente comprovou a regularização do bem e inscrição no CAR - Cadastro Ambiental Rural, bem como que o imóvel é inferior a quatro módulos fiscais, situação que, de acordo com a Lei 12.651/2012, retira-lhe a obrigação de recompor/restaurar a reserva legal no limite de 20%, sendo obrigado a mantê-la, bem como lhe permite somar as áreas de preservação permanente à área de reserva legal. Considerando a existência de exigências e prazos mais benéficos no novo Código Florestal, estes devem incidir na situação em análise, razão pela qual não deve prosperar a pretensão formulada na presente demanda." (TJMS. Apelação n. 0800190-98.2011.8.12.0012, Ivinhema, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 24/07/2018, p: 25/07/2018)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – INSCRIÇÃO NO CADASTRO AMBIENTAL RURAL – RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA – INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 61 A 67 DO CÓDIGO FLORESTAL – APLICABILIDADE – IMÓVEL RURAL INFERIOR AO MÓDULO RURAL – DISPENSA DE RESTAURAÇÃO DO MÍNIMO DE 20% – CÔMPUTO DA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE À RESERVA LEGAL – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. As disposições elencadas no Novo Código Florestal – Lei n° 12.651/12 não importam em ocorrência de um retrocesso no amparo ao meio ambiente, pois apenas estabelecem disposições mais aprazíveis, com o propósito de não impor um ônus demasiado ao proprietário, sem contudo, deixar de defende-lo. O Código Florestal continua em pleno vigor, não havendo que se falar em suspensão das ações que têm por objeto a aplicação de seus dispositivos, eis que, diante da ausência de uma decisão contrária, há presunção

> *de constitucionalidade daquela lei. Tendo a parte comprovado a regularização do bem e inscrição no CAR - Cadastro Ambiental Rural, bem como que o imóvel é inferior a quatro módulos fiscais, situação que, de acordo com a Lei 12.651/2012, retira-lhes a obrigação de recompor/restaurar a reserva legal no limite de 20%, sendo obrigado a mantê-la, bem como lhes permite somar as áreas de preservação permanente à área de reserva legal."* (TJMS. Apelação n. 0001390-81.2008.8.12.0012, Ivinhema, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcos José de Brito Rodrigues, j: 13/12/2017, p: 14/12/2017)

Logo, comporta reforma a sentença neste ponto.

Dispositivo.

Ante o exposto, contra o parecer, dou provimento ao recurso de apelação interposto por Companhia Colorado de Agronegócios e Energetica Santa Helena S.A para acolher os embargos à execução e extinguir a Execução de Obrigação de Fazer n. 0900126-71.2017.8.12.0017, dada a satisfação da obrigação, nos termos do art. 924, inc. I, do CPC.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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 e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 27 de maio de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa
Apelação Cível nº 0801561-87.2012.8.12.0004 – Amambai

Recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SERVIDOR DO IAGRO LOTADO EM AMAMBAI – DESVIO DE VALORES DE GTA'S PAGAS PELOS CONTRIBUINTES – PREJUÍZO AO ERÁRIO – AUSÊNCIA DOS DEVERES DE HONESTIDADE, IMPARCIALIDADE, LEGALIDADE E LEALDADE À INSTITUIÇÃO – ATO ÍMPROBO EVIDENCIADO – PENALIDADE – APLICAÇÃO DE MULTA CIVIL – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

Embora comprovado que o requerido foi responsável pelo desvio patrimônio, causando prejuízo ao erário, não há prova de que foi destinatário desses valores, razão pela qual é inaplicável o art. 9º, da LIA, à presente hipótese.

Quanto à aplicação das penas descritas no art. 12 da Lei nº 8.429/92 ao agente ímprobo, incumbe ao juiz efetuar a dosimetria da pena em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo inaplicável a fixação de multa civil, ante a ausência de incidência do art. 9º, no caso dos autos.

Recurso adesivo interposto por Michael Marques Gibim:

EMENTA – RECURSO ADESIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SERVIDOR DO IAGRO LOTADO EM AMAMBAI – DESVIO DE VALORES DE GTA'S PAGAS PELOS CONTRIBUINTES – PREJUÍZO AO ERÁRIO – AUSÊNCIA DOS DEVERES DE HONESTIDADE, IMPARCIALIDADE, LEGALIDADE E LEALDADE À INSTITUIÇÃO – ATO ÍMPROBO EVIDENCIADO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

Resta evidenciado o ato ímprobo praticado pelo requerido, que valeu-se do cargo público para desviar verba pública destinada para o pagamento de GTA's emitidas por contribuintes, não depositadas na conta bancária da IAGRO, causando prejuízo ao erário.

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 aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 30 de março de 2020.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Ministério Público Estadual interpôs Apelação Cível e Michael Marques Gibim interpôs recurso adesivo em face da sentença proferida em 03.07.2019, por Juíza Thielly Dias de Alencar Pithan e Silva, da 1ª Vara da Comarca de Amambai que, na ação de improbidade administrativa proposta por Ministério Público Estadual em desfavor de Michael Marques Gibim, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

Em razões de recurso de apelação (f. 1219-1235), o Ministério Público Estadual sustenta que as provas apresentadas não deixam dúvidas de que Michael Marques Gibim foi o destinatário exclusivo da totalidade dos recursos desviados, caracterizando enriquecimento ilícito.

Aduz que *"não foi possível demostrar a destinação de cada centavo desviado, porquanto os valores em dinheiro eram entregues diretamente ao apelado, tornando difícil de ser rastreado, contudo, conforme reconhecido na sentença, foi possível comprovar que o apelado era responsável pelo fechamento e depósito dos pagamentos na conta da IAGRO e logrou-se êxito em identificar que um pagamento foi realizado por meio de cheque depositado na conta do próprio apelado."*

Enfatiza que o requerido praticou atos de improbidade administrativa, os quais se enquadram no art. 9º, *caput*, inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92).

Aponta que a pena aplicada na sentença é desproporcional à gravidade da conduta, razão pela qual deve haver a aplicação de multa civil.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença *"a fim de condenar o Recorrido também pela prática de ato de improbidade que importou em enriquecimento ilícito (artigo 9°, caput e inciso I, da Lei n.° 8.429/92) e ajustar a fixação das penas à gravidade dos atos praticados, acrescentando às sanções cominadas também a sanção de multa civil."*

Em contrarrazões (f. 1239-1253), o requerido pugnou o desprovimento do recurso. Não formulou pedidos na forma dos §§ 1º e 2º, do art. 1.009, do CPC[1].

Em razões de recurso adesivo (f. 1255-1270), Michael Marques Gibim formulou pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Destaca que *"como elemento maior para a condenação do recorrente, foi levado em consideração da folha de cheque, na quantia de R$ 87,90, depositada em sua conta, que tinha como destinação o pagamento de uma das GTA's. Foi devidamente esclarecido que tal conduta se deu em virtude do cheque preenchido não conferir com o valor da guia, culminando na reposição em dinheiro pelo próprio recorrente e devolução do remanescente ao contribuinte."*

Aduz que não há prova de apropriação ou desvio de valor que deveria ser destinado ao pagamento de boleto (GTA), mas que a infração perpetrada consiste na desorganização no exercício da função, em virtude, inclusive, do funcionamento do posto do IAGRO em que estava lotado.

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.

Aponta que, para a recomposição ao erário, deve haver a equivalência para direcionar, proporcionalmente, a cada agente público o dever do ressarcimento ao alegado dano, ou seja, deve-se avaliar o grau de culpa e a extensão do dano na aplicação da pena.

Requer: *"seja recebido e provido o presente recurso de apelação, para que seja reformada a sentença, julgando-se totalmente improcedente a ação civil pública ora proposta, condenando-se a recorrida em honorários sucumbenciais."*

O requerido foi intimado para comprovar o preenchimento da condição de insuficiência de recursos (f. 1276-1281).

Intimado, o Ministério Público apresentou contrarrazões ao recurso adesivo (f. 1296-1326), pugnando o desprovimento do recurso. Não formulou pedidos na forma dos §§ 1º e 2º, do art. 1.009, do CPC[2].

Em parecer (f. 1331-1336), o representante da Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento dos recursos interpostos.

À f. 1338-1344, foi indeferido o pedido de justiça gratuita formulado pelo recorrente-requerido Michael Marques Gibim.

Não houve oposição ao julgamento virtual.

É o relatório.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Ministério Público Estadual e recurso adesivo interposto por Michael Marques Gibim, em face da sentença proferida em 03.07.2019, por Juíza Thielly Dias de Alencar Pithan e Silva, da 1ª Vara da comarca de Amambai que, na ação de improbidade administrativa proposta por Ministério Público Estadual em desfavor de Michael Marques Gibim, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais.

Confira-se (f. 1200-1211):

> *"Ante o exposto, julgo parcialmente procedentes os pedidos para condenar o então servidor público Michael Marques Gibim, brasileiro, solteiro, profissional de Educação Física, portador do RG n. 000944028 SEJUSP/MS, filho de Vanderlei Gibin e de Eva Marques Gibin, residente no Residencial Guia Lopes, n. 1436, Centro, ou na Rua Dom Pedro Segundo, n. 352, Centro, Ponta Porã (MS), por atos de improbidade administrativa dos arts. 10 e 11 da Lei n. 8.429/92, aplicando-lhe as sanções de ressarcimento integral do dano, no valor de R$ 144.978,52, e de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 anos, previstas no art. 12, inciso II, da mesma lei, resolvendo o mérito do processo, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil.*
>
> *Condeno o réu no pagamento das custas processuais.*
>
> *Incabível a condenação em honorários.*
>
> *Preclusas as vias impugnativas, inclua-se a condenação no cadastro nacional de condenações por improbidade administrativa e comuniquese o Tribunal Regional Eleitoral.*
>
> *Oportunamente, arquivem-se, com as cautelas de praxe.*
>
> *P. R. I."*

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.

Em razões de recurso de apelação (f. 1219-1235), o Ministério Público Estadual sustenta que as provas apresentadas não deixam dúvidas de que Michael Marques Gibim foi o destinatário exclusivo da totalidade dos recursos desviados, caracterizando enriquecimento ilícito.

Aduz que *"não foi possível demostrar a destinação de cada centavo desviado, porquanto os valores em dinheiro eram entregues diretamente ao apelado, tornando difícil de ser rastreado, contudo, conforme reconhecido na sentença, foi possível comprovar que o apelado era responsável pelo fechamento e depósito dos pagamentos na conta da IAGRO e logrou-se êxito em identificar que um pagamento foi realizado por meio de cheque depositado na conta do próprio apelado."*

Enfatiza que o requerido praticou atos de improbidade administrativa, os quais se enquadram no art. 9º, *caput*, inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92).

Aponta que a pena aplicada na sentença é desproporcional à gravidade da conduta, razão pela qual deve haver a aplicação de multa civil.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença *"a fim de condenar o Recorrido também pela prática de ato de improbidade que importou em enriquecimento ilícito (artigo 9°, caput e inciso I, da Lei n.° 8.429/92) e ajustar a fixação das penas à gravidade dos atos praticados, acrescentando às sanções cominadas também a sanção de multa civil."*

Em contrarrazões (f. 1239-1253), o requerido pugnou o desprovimento do recurso. Não formulou pedidos na forma dos §§ 1º e 2º, do art. 1.009, do CPC[3].

Em razões de recurso adesivo (f. 1255-1270), Michael Marques Gibim formulou pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Destaca que *"como elemento maior para a condenação do recorrente, foi levado em consideração da folha de cheque, na quantia de R$ 87,90, depositada em sua conta, que tinha como destinação o pagamento de uma das GTA's. Foi devidamente esclarecido que tal conduta se deu em virtude do cheque preenchido não conferir com o valor da guia, culminando na reposição em dinheiro pelo próprio recorrente e devolução do remanescente ao contribuinte."*

Aduz que não há prova de apropriação ou desvio de valor que deveria ser destinado ao pagamento de boleto (GTA), mas que a infração perpetrada consiste na desorganização no exercício da função, em virtude, inclusive, do funcionamento do posto do IAGRO em que estava lotado.

Aponta que, para a recomposição ao erário, deve haver a equivalência para direcionar, proporcionalmente, a cada agente público o dever do ressarcimento ao alegado dano, ou seja, deve-se avaliar o grau de culpa e a extensão do dano na aplicação da pena.

Requer: *"seja recebido e provido o presente recurso de apelação, para que seja reformada a sentença, julgando-se totalmente improcedente a ação civil pública ora proposta, condenando-se a recorrida em honorários sucumbenciais."*

O requerido foi intimado para comprovar o preenchimento da condição de insuficiência de recursos (f. 1276-1281).

Intimado, o Ministério Público apresentou contrarrazões ao recurso adesivo (f. 1296-1326), pugnando o desprovimento do recurso. Não formulou pedidos na forma dos §§ 1º e 2º, do art. 1.009, do CPC[4].

3 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.

4 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.

Em parecer (f. 1331-1336), o representante da Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento dos recursos interpostos.

À f. 1338-1344, foi indeferido o pedido de justiça gratuita formulado pelo recorrente-requerido Michael Marques Gibim.

Breve relato dos fatos.

Trata-se de ação civil pública de improbidade administrativa ajuizada por Ministério Público Estadual em desfavor de Michael Marques Gibim, pelo fato de que o requerido, na qualidade de servidor público estadual (agente de serviço agropecuário), praticou ato ímprobo consistente na apropriação da quantia de R$ 144.978,52 (cento e quarenta e quatro mil, novecentos e setenta e oito reais e cinquenta e dois centavos), em razão do recolhimento de boletos emitidos em favor da IAGRO (Agência Estadual de Defesa Sanitária Animal e Vegetal), conforme apurado no Processo Administrativo Disciplinar n. 21/201.227/2010. Apontou que o requerido recebia pessoalmente, em dinheiro ou cheque, valores dos boletos emitidos, deixando de depositar o numerário na conta bancária da autarquia. Mencionou que a gerência de arrecadação e finanças da IAGRO em Campo Grande detectou a existência de todos os boletos sem os respectivos depósitos na Agência de Amambaí e, após auditoria in loco, foram localizados apenas alguns pagamentos recolhidos, mas outros foram extraviados do órgão. O requerido recebeu do pecuarista Ricardo Bonamigo um cheque no valor de R$ 87,90, preenchendo seu nome no campo destinatário, o que foi confirmado por testemunha que apontou ser comum a realização de pagamento de GTAs com o requerido, que pleiteou sua exoneração, e, ante o indeferimento, abandonou o cargo e fora demitido a bem do serviço público. Apontou que o requerido praticou atos de improbidade administrativa, enriquecendo-se ilicitamente, bem como causando lesão ao erário. Afirmou ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, da moralidade/probidade e da lealdade às instituições.

Requereu:

> *"A) Com relação ao cometimento de atos de improbidade administrativa que causam, a um só tempo, enriquecimento ilícito do art. 9º, caput e inciso I, lesão ao erário previsto no artigo 10.º, caput e inciso I , e atentado contra os princípios da administração pública, ou seja, o artigo 11º, caput e inciso I, todos da Lei n.° 8.429/92 , seja Michael Marques Gibim condenado nos termos do art. 12, inciso I, do mesmo diploma legal (na hipótese do art. 9°, perda dos be ns ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos);*
>
> *B) seja realizada a notificação do demandado para oferecer manifestação por escrito, nos termos do art. 17, § 7.º, da Lei Federal n.º 8.429/1992 (alterado pela Medida Provisória n.º 2225-45, de 4/9/2001), e, após as providências previstas no art. 17, § 8.º, da Lei Federal em referência, seja realizada a citação do demandado, por via postal, para que integre a presente relação jurídico-processual, sob pena de confissão e revelia;*
>
> *C) seja notificado o Estado de Mato Grosso do Sul/MS, através da assessoria jurídica da Agência Estadual de Defesa Sanitária Animal e Vegetal - IAGRO/MS para, querendo, nos termos do artigo 17, § 3º, da Lei n.º 8.429/1992, integrar a presente relação jurídico-processual na qualidade de litisconsorte ativo, suprindo eventuais omissões da inicial;*
>
> *D) a condenação do réu ao pagamento de custas e demais ônus processuais."*

Em contestação (f. 1043-1049), defendeu que ao iniciar o exercício do seu cargo no IAGRO, constatou uma grande desorganização no que se refere à emissão de guias, recebimento de pagamentos e realização de depósitos de tais valores, pois *"no local de trabalho havia em caixa com vários cheques para pagamento de GTA'S, não pertencentes aos respectivos contribuintes, inclusive sendo alguns deles pré-datados; - recorda que alguns dos cheques não tinham o valor correspondente à GTA"*. Destacou que foi orientado a proceder

de acordo com a praxe local, que seria *"receber pagamento com cheque de terceiros ou pré-datados, quando se tratava de pessoas conhecidas"*. Apontou que foi realizado o pagamento de uma GTA com um cheque de titularidade de Ricardo Bonamigo por terceiro, no valor de R$ 87,90, que superava o valor da guia, razão pela qual devolveu o troco em dinheiro ao contribuinte e realizou o depósito em sua conta bancária, para que após compensado o cheque, fizesse a reposição em caixa, como de fato o fez. Esclareceu que por cursar faculdade de Educação Física, teve que sair diariamente duas horas antes do término do expediente, tanto que pediu sua exoneração, a qual foi indeferida, ante a existência de processo administrativo disciplinar. Mencionou que o fato de ser o principal responsável pelo recebimento e depósito das GTA's não é o suficiente para indicar os desfalques constatados, pois tal função também era exercida por outros funcionários, quando estava ausente, bem como desempenhava trabalho externo no posto da IAGRO. Negou que desviou a quantia de R$ 144.978,52 (cento e quarenta e quatro mil, novecentos e setenta e oito reais e cinquenta e dois centavos), tanto que seu padrão de vida nunca foi alterado, bem como constatado no PAD que os funcionários Cassiano e Nilvan também emitiram grande quantidade de GTA. Que não tinha como realizar o cancelamento de uma GTA emitida por outro servidor. Requereu a improcedência dos pedidos.

Na instrução, foram colhidos os depoimentos de seis testemunhas e o depoimento do requerido (f. 1102, 1139 e 1158).

Foram apresentadas as alegações finais à f. 1159-160, 1162-1192 e 1194-1199.

Sobreveio a sentença de parcial procedência dos pedidos, objeto de reforma.

Procedo à análise conjunta dos recursos interpostos.

Da improbidade administrativa.

Sabidamente, o caráter sancionador da Lei n.º 8.429/92 destina-se aos agentes públicos[5] que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições, que importem em enriquecimento ilícito (art. 9); causem prejuízo ao erário público (art. 10) ou atentem contra os princípios da Administração Pública, tal qual a moralidade administrativa (art. 11).

Na lição de Waldo Fazzio Júnior[6]:

> *"O ato de improbidade é o agir ou o não agir, isto é, a conduta comissiva ou omissiva do agente público, que investe contra a probidade administrativa. Enriquecimento ilícito (no art. 9º) é seu efeito subjetivo, a saber, sobre o agente público. Negativo, porque o agente público coloca interesse particular (seu ou de outrem) acima do interesse público. Lesão ao erário (no art. 10) é o efeito objetivo, de natureza econômica, ou seja, o prejuízo para o patrimônio público econômico.*
>
> *Assim, qualquer ato de improbidade administrativa atenta contra a probidade administrativa, entendida como síntese coordenada dos princípios constitucionais da Administração Pública.*
>
> *Vale considerar que o ato de improbidade administrativa é, sobretudo, um ilícito, uma conduta comissiva ou omissiva adversa a um dever."*

Consoante entendimento dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, a modalidade culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado à lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (artigos 9º e 11 da LIA), que exigem a modalidade dolosa.

---

5 Art. 1° Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.
Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

6 FAZZIO. Waldo Júnior. **Atos de improbidade administrativa**. 2 ed. São Paulo: Atlas. p. 77.

Confira-se julgado abaixo:

> *"PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DESCUMPRIMENTO DE CONVÊNIO – FUNASA – APLICAÇÃO IRREGULAR DE VERBAS – ALTERAÇÃO UNILATERAL DO OBJETO DO ACORDO – ATO ÍMPROBO POR DANO AO ERÁRIO CARACTERIZADO – DOLO CARACTERIZADO – ARTIGO 10 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PENALIDADES DA LEI N. 8.429/92 – CABIMENTO. 1. A jurisprudência atual desta Corte é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Logo,* **para a tipificação das condutas descritas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do art. 10**. *2. No caso dos autos, ficou comprovada a má utilização de recursos públicos oriundos de convênio com a FUNASA. Assim, além de proceder à alteração unilateral do objeto conveniado, também não comprovou a utilização do percentual de 51% das verbas em finalidades públicas no município, ficando, portanto, demonstrado o dolo do agente e o prejuízo ao erário, seja pelo descumprimento do pactuado, seja pela má gestão administrativa. 3. Caracterizado o ato de improbidade administrativa por dano ao erário, nos termos do art. 10 da Lei n. 8.429/92, já que, para enquadramento de conduta no citado artigo, é dispensável a configuração do dolo, contentando-se a norma com a simples culpa. O descumprimento do convênio com a não aplicação das verbas ao fim destinado, foi, no mínimo, um ato negligente. 4. Evidenciada no acórdão recorrido, à luz das circunstâncias fático-probatórias descritas pelo tribunal de origem, a culpa por parte do recorrente, cabe a condenação com base no art. 10 da Lei n. 8.429/1992 e a aplicação das penalidades previstas no art. 12 do mesmo diploma, como bem determinou o tribunal de origem. Agravo regimental improvido."* (STJ. AgRg no AREsp 532421 / PE n.º 2014/0142733-0. Ministro Humberto Martins. DJe 28/08/2014) (Destaquei)

Maria Sylvia Zanella di Pietro[7] pondera que:

> *"(...) o enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto."*

E mais (f. 689):

> *"(...) a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto de proporcionalidade entre os meios e os fins."*

Na inicial o Ministério Público Estadual pugnou a condenação do requerido nos artigos 9º, *caput* e inciso I, 10, *caput* e inciso I e 11, *caput* e inciso I, Lei n. 8.429/92, bem como às penas previstas no inciso I, do art. 12, da mesma lei.

Confira-se:

> *"Art. 9º. 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. 1º desta Lei, e notadamente:*

7 PIETRO. Maria Sylvia di. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas. p. 686.

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

(...)

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

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9°, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

(...)

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente."

As duas Turmas da 1ª Seção do STJ já se pronunciaram no sentido de que o elemento subjetivo é essencial à configuração da improbidade: exige-se dolo para que se configure as hipóteses típicas dos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, e ao menos culpa, nas hipóteses do art. 10.

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO – SÚMULA 7/STJ – ART. 11 DA LEI 8.429/1992 – DOLO GENÉRICO RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM – REEXAME FÁTICO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ – APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS – COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI 201/1967. (...) 3. O entendimento do STJ é de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é indispensável demonstrar o elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. (...) 8. Recurso Especial parcialmente conhecido e nessa parte não provido." (REsp 1662580/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/05/2017, DJe 10/05/2017)

"PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – APLICABILIDADE – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO

> *– NECESSIDADE PARA A CONFIGURAÇÃO DO ATO IMPROBO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 83/STJ – AGENTE PÚBLICO – DOLO OU MÁ-FÉ NA CONDUTA – NÃO COMPROVAÇÃO – REVISÃO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA N. 7/STJ – INCIDÊNCIA – ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. (...) II - É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça segundo o qual, para a configuração do ato ímprobo, é necessária a análise do elemento subjetivo, qual seja, dolo nas condutas tipificadas nos arts. 9º e 11, ou ao menos culpa, quanto às condutas do art. 10, da Lei n. 8.429/92. (...) VI - Agravo Interno improvido."* (AgInt no AREsp 498.221/PR, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, DJe 16/03/2017)

Pois bem.

Como se sabe, o gestor público está sujeito ao princípio da legalidade estrita, sobre o qual discorre José dos Santos Carvalho Filho[8]:

> *"O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser mais próxima à criação do Estado de Direito, ou seja, do Estado que deve respeitar as próprias leis que edita.*
>
> *O princípio 'implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas'. Na clássica e feliz comparação de Hely Lopes Meirelles, enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer tudo o que a lei não veda, o administrador público só pode atuar onde a lei autoriza.*
>
> *É extremamente importante o efeito do princípio da legalidade no que diz respeito aos direitos dos indivíduos. Na verdade, o princípio se reflete na consequência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos à verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei. Uma conclusão inarredável: havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude.*
>
> *Não custa lembrar, por último, que, na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legiferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei."*

Em suma, a conduta do administrador público deve obedecer à lei. Por outro lado, o gestor não será obrigado a fazer o que não estiver previsto na lei.

Pois bem, feitos estes esclarecimentos iniciais, necessário analisar se o requerido, enquanto servidor público da Agência Estadual de Defesa Sanitária Animal e Vegetal – IAGRO-MS, lotado no Município de Amambai, apropriou-se da quantia de R$ 144.978,52, em razão de boletos emitidos em favor da autarquia estadual, cujos valores pagos pelos contribuintes não foram objeto de depósito bancário.

Da análise dos autos, verifica-se a juntada do Processo Administrativo Disciplinar n. 21/201227/2010 (f. 26-1012), que resultou na demissão do requerido do serviço público por infração aos deveres funcionais (f. 975).

Confira-se (f. 971):

8 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 19.

PORTARIA "P" IAGRO/MS Nº 068 DE 01 DE MARÇO DE 2012.

A DIRETORA – PRESIDENTE DA AGÊNCIA ESTADUAL DE DEFESA SANITÁRIA ANIMAL E VEGETAL - IAGRO, no uso de suas atribuições legais;

RESOLVE:

Aplicar pena de demissão a bem do serviço público, ao servidor **MICHAEL MARQUES GIBIM**, prontuário 8573531, ocupante do Cargo de Agente de Serviços Agropecuários, pertencente ao Quadro de Pessoal Efetivo desta Agência, lotado no Escritório Local de Amambai/MS, nos termos do artigo 231, inciso IV c/c art. 235 e 236 por infração aos deveres funcionais dispostos nos incisos III e XII do art. 218, e prática de conduta incurso como proibição dos incisos II e VIII do artigo 219, todos da Lei nº 1.102/1990, a contar da data de publicação. (Processo nº 21/201 227/2010)

Campo Grande - MS, 01 de março de 2012.

Conforme a decisão da comissão processante, foram assim definidas as condutas do requerido, em especial, com relação ao cheque no valor de R$ 87,90 (f. 967):

Foi juntada aos autos às fls. 58 Sindicância Administrativa n. 21/200.986/2009 a microfilmagem da lâmina de cheque n. 851076 do Banco do Brasil, do produtor rural Ricardo Bonamigo, no valor de **R$ 87,90** (oitenta e sete reais e noventa centavos) emitido no dia 18/09/2009, destinada ao pagamento de Guias de Trânsito Animal, emitidas no dia 18/09/2009.

Assim sendo, o servidor Michael Gibin serviu-se de suas próprias prerrogativas para auferir proveito próprio, ao deixar de recolher aos cofres públicos e ao nominar e depositar em sua própria conta bancária uma lâmina de cheque no valor de **R$ 87,90** (oitenta e sete reais e noventa centavos) destinada ao pagamento de Guias de Trânsito Animal, emitidas no dia 18/09/2009, em nome de Ricardo Bonamigo. Deste modo, restou indubitavelmente demonstrada a autoria, materialidade e o nexo de causalidade do ilícito administrativo.

Por conseqüência, o servidor Michael ao lesionar os cofres públicos e dilapidar o patrimônio público, incidiu em conduta demissionária tipificada no inciso VII do artigo 235 do Estatuto do Funcionário Público Estadual, Lei 1.102/90.

Foi realizada auditoria no escritório local de Amambai (fls. 49 da sindicância apensada aos autos), onde constatou-se que no período de janeiro de 2008 a abril de 2009 foram emitidos boletos sem retorno (sem quitação) perfazendo o montante de **R$144.978,52** (cento e quarenta e quatro mil, novecentos e setenta e oito reais e cinqüenta e dois centavos).

O servidor Michael Gibin:

- Valeu-se do cargo para lograr proveito pessoal em detrimento da função pública, ao deixar de recolher aos cofres públicos, ao nominar e depositar em sua própria conta bancária uma lâmina de cheque no valor de **R$ 87,90** (oitenta e sete reais e noventa centavos) referente à lâmina de cheque n. 851076 de propriedade do produtor rural Ricardo Bonamigo.

- Assim agindo, causou lesão aos cofres públicos e praticou conduta demissionária, descrita no artigo 235 (Será aplicada a pena de demissão, nos casos de): VII – (lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio estadual) e artigo 219 (ao funcionário é proibido): VIII – (valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de terceiro em detrimento da função pública), ambos da lei nº 1.102, de 10 de outubro de 1990 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de Mato Grosso do Sul).

- Ao aplicarmos o artigo 232 da Lei 1.102/90, direito subjetivo do acusado, não há falar em atenuante ao analisarmos a conduta grave de causar prejuízo ao Estado, deve ser sim agravada a penalidade disciplinar, portanto, resta a Administração Pública aplicar a penalidade de demissão na forma do artigo 231, inciso IV (dispõe sobre as penas disciplinares de demissão) da mesma lei.

À f. 776-784, constam guias emitidas tanto pelo requerido como por outros servidores (Cassiano Lima Maidana e Nilvan de Souza Rosa), as quais foram pagas pelos contribuintes, mas não foram depositadas na conta da IAGRO, cuja soma resulta no valor de R$ 144.978,52.

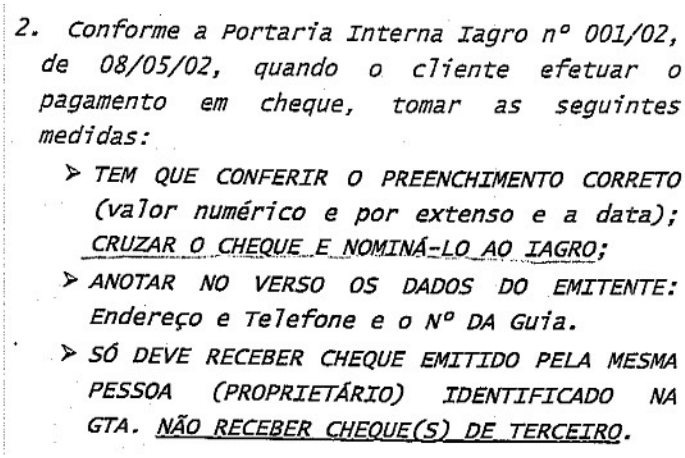
Necessário destacar que, conforme o Controle de Arrecadação de 2006 (f. 51-55), na época, o recebimento de valores pelas agências locais da IAGRO era permitido e regulamentado, desde que houvesse um fechamento, no máximo mensal, para que o dinheiro recebido não ficasse acumulado no escritório. Além disso, no caso de pagamento com cheque, era vedada a troca para terceiros com dinheiro do caixa do escritório.

Veja-se:

1.3. Após o Fechamento Mensal encaminhar para o setor de controle de arrecadação o Resumo por período de Faturamento para conferência.(conforme Mem.Circ.GAF nº 12 de 29 de janeiro de 2004)

➢ *Não agrupar receitas do final de um mês, com o início do outro.*

➢ *NÃO DEIXAR DINHEIRO ACUMULADO NOS ESCRITÓRIOS.*



2. Conforme a Portaria Interna Iagro nº 001/02, de 08/05/02, quando o cliente efetuar o pagamento em cheque, tomar as seguintes medidas:

- TEM QUE CONFERIR O PREENCHIMENTO CORRETO (valor numérico e por extenso e a data); CRUZAR O CHEQUE E NOMINÁ-LO AO IAGRO;
- ANOTAR NO VERSO OS DADOS DO EMITENTE: Endereço e Telefone e o Nº DA Guia.
- SÓ DEVE RECEBER CHEQUE EMITIDO PELA MESMA PESSOA (PROPRIETÁRIO) IDENTIFICADO NA GTA. NÃO RECEBER CHEQUE(S) DE TERCEIRO.

Como destacado pela magistrada *a quo*,

> *"(...) em suma, o pagamento das GTAs ocorria da seguinte forma: na agência local, o(a) contribuinte emitia a guia e efetuava a quitação, mediante a entrega ao servidor do valor para o pagamento (em dinheiro ou cheque); depois, periodicamente (diária, semanal ou quinzenalmente), havia o fechamento por um servidor, que consistia na emissão de boletos para que as quantias recebidas fossem depositadas na conta da IAGRO."*

A prova testemunhal colhida nos autos é suficiente para demonstrar que o requerido era o responsável pelo referido fechamento.

Confira-se (f. 1102 e 1139):

Testemunha Israel de Arruda Lobo Neto:

> *"Quem era responsável pelos depósitos era o Michael, sempre o Michael (...) esporadicamente, uma vez por semana (ele saía mais cedo para ir à faculdade).*
>
> *(Na falta do Michael) Cassiano era responsável pelo recolhimento das guias, mas os* **depósitos quem era o responsável era o Michael.**
>
> *(...) Na época, era por computador (controle de remissão GTA)."* (Destaquei)

Testemunha Carlos Fernandes Piva Raymundo:

> *"Durante o processo administrativo, nós solicitamos cópias de cheques e esses cheques foram anexos ao processo (cheque emitido por Ricardo Bonamigo no valor de R$ 87,90),* **teve mais de um cheque, mas só que eu não sei em quais das contas eles foram depositados, não foi do Estado** *(...).*
>
> *O pecuarista emitia uma guia de trânsito ou outros serviços e entregava ao servidor do IAGRO, o recurso financeiro, pra ser depositado em uma conta específica do IAGRO. O IAGRO não tinha o controle dessas guias on-line (...) durante o processo,* **o inspetor local alega que o Michel seria o responsável pelo recolhimento de todos** *(...).*
>
> *Nesse mesmo tempo que a gente constatou que os depósitos não estavam sendo feitos na conta da agência, nós pedimos que o departamento financeiro fizesse uma busca desses depósitos a Marlene e o Denisares vieram até Amambaí,* **fizeram o levantamento e constataram que continuava a diferença então por isso se instalou o processo administrativo.***"* (Destaquei)

Testemunha Cassiano Lima Maidana:

"Michel é agente de serviço de agropecuário, a mesma que a minha. Na verdade, a IAGRO trabalhava recebendo os serviços prestados que era a GTA né e ele tinha a função (...).

Foi apurado na sindicância, o relatório final eu não tenho (...) eu não sei o destino desse dinheiro (...) pelo que eu sei ele foi exonerado (...).

Você recebia o GTA, o dinheiro e daí esse dinheiro gerava, era gerado uma guia e ao final do dia, não sei se é guia ou boleto, já faz tempo, eu não me lembro certinho, mas gerava uma guia ou boleto final de tudo isso aí e daí isso aí **tinha que ser depositado numa conta da IAGRO, depositada ou paga no banco, não sei ao certo. Quem fazia isso era o Michel, com a determinação verbal do inspetor local.**

(Na falta do Michel) na verdade é assim, qualquer um fazia esse serviço, só que assim, quando o inspetor local mandava eu depositar, eu ía lá e depositava, trazia e entregava a guia pra ele.

Geralmente não, mas alguns dias sim, esporadicamente (Michel saía antes do expediente para ir à faculdade).

Na IAGRO todo mundo trabalha assim no escritório e se precisar trabalha a campo, Michel já fez (...).

Na verdade, assim, nem eu sei qual minha atribuição certa dentro da IAGRO, então a gente fica ali obedecendo ordem, o que o chefe mandar fazer a gente faz." (G.n.)

Testemunha Marlene Aparecida Batista da Silva:

"Eu fui solicitada porque como eu fui trabalhar no financeiro, com pagamentos, fazia o geral (...) só que na época, o IAGRO não tinha o sistema de retorno (...) a gente sempre cobrava da gerência esse sistema de retorno (...) sistema de retorno, por exemplo: o funcionário vai e paga um boleto e aí pelo próprio sistema, o sistema já diz se aquele boleto está pago ou não né, cai no banco o boleto (...). Os próprios chefes do IAGRO, do interior (...) eles tinham essa preocupação. O Produtor ía lá e ele pagava no IAGRO o dinheiro, ele não pagava um boleto, **o dinheiro ele dava todo na mão do funcionário, multa, o que fosse, tem quantias que são altas, então dava na mão do funcionário e ficava pro funcionário depositar aquele dinheiro e não tinha esse sistema de retorno antes** *(...).*

O Michael (...) ele recebia né, porque ele era administrativo né, ele ficava ali, recebia esses valores, aí no caso dele assim, aconteceu, eu não posso afirmar que ele pegou ou não pegou, num vi, num posso afirmar isso, porque eu não sei também se só ele recebia isso lá no IAGRO*, se tinham mais pessoas que recebiam também no escritório de Amambai (...) então era o seguinte, chegava lá a pessoa pra paga né, então quem tava ali recebia, então não sei se só ele que recebia ou tinha outras pessoas que recebiam além dele.*

Trabalhavam veterinário, secretário (...) então não trabalha só uma pessoa, só que eu não sei se tinham mais pessoas que recebiam também ou se o caixa ficava só por conta dele (...) porque quando a gente foi fazer a vistoria (...) **disseram que ele que cuidava dessa parte (...) da parte financeira, dos recebimentos, dos pagamentos, porque ele que levava, poderia até outra pessoa receber, mas quem levava os depósitos no banco pra depositar tudo, era ele.**

(...) **tava lá aquele monte de boleto sem retorno bancário (...) eu fui designada a ir la, exatamente pra isso, conferir as datas desses boletos né e ver se eles tinham todos recibos do banco** *(...) igual em Costa Rica, tava a mesma coisa, tinham um monte de boleto aberto, só que eu estive lá, a gente conferiu, tava tudo certinho, a pessoa tinha tanto boleto do IAGRO, quanto boleto do banco que tava pago (...) e o caso do Michael não tinha comprovante de nada, tipo assim, se ele pagou, se era ele que pagava ou se pagou ou não pagou, não sei se ele extraviou, o que que aconteceu, eu sei que não existia os recibos do banco como nos outros escritórios que tinham.*

> *(...) não porque ele não tinha nada assim, no banco também acho não conseguiu comprovar (...) o Michael ele não tinha assim, nenhum comprovante desses assim, se ele tinha era pouquíssimos, mais de R$ 200.000,00 ele tinha pouquíssimos comprovantes.*
>
> *(...) não, acho que não foi feita essa constatação (no banco) que houve depósito, tanto é porque é assim, se existisse o depósito, quando você faz o depósito, eles eram orientados a guardar tudo aquilo casadinho, o boleto, a guia e o depósito do banco. No escritório de Amambai não existiam esses comprovantes.* **Quase tudo não havia (comprovação), exatamente eu não sei, mas assim, era uma quantia bem razoável.***"* (Destaquei)

Testemunha Denisares Gonçalves de Matos:

> *"A gente procurou pra caramba os comprovantes de depósito (...) procuramos em todas as caixas, não é possível naquele escritório, mas não encontramos nenhum comprovante de depósito, inclusive ele (Michael) que ajudou a gente procurar (...) mas realmente não conseguimos encontrar, nada que comprovasse o depósito (...) arrecadação de taxas do IAGRO (...).*
>
> **Ele diz que tinha feito, garantiu de pé junto que tinha feito, sabe, só que nós não encontramos nada***, não teve, não teve, ele até ficou meio nervoso na época né, procuramos, ele ajudou o tempo todo a procurar, mas realmente não foi encontrado nenhum comprovante daquele extrato lá que a gente tava procurando."* (Destaquei)

Com relação ao cheque de R$ 87,90 (f. 763), emitido por Ricardo Bonamigo, embora o autor alegue que o recebeu em razão do seu valor ser incompatível com o da guia, o emitente afirmou em juízo que era para pagamento de GTA, razão pela qual não poderia ser nominativo ao servidor, mas à IAGRO, tampouco depositado na conta pessoal do servidor requerido.

Confira-se:

> *"(depoimento no Ministério Público Estadual) perguntaram sobre alguns cheques que foram emitidos pra pagamento de guias de trânsito animal, GTA's (...)* **eu tenho a cópia do cheque, foi depositado, tava no nominativo a Michael Marques, era pra pagamento de GTA.** *Na verdade, ficou um cheque que foi dado para pagamento de GTA e ficou uns quatro meses sem compensação, foi então que eu entrei em contato com o Piva perguntando pra ele e aí ele me pediu se eu podia pedir as cópias dos cheques que eu havia emitido para a IAGRO, se não me engano, são dois ou três cheques e os outros estavam nominativos ao IAGRO."* (Destaquei)

Dos autos, consta que o chefe do requerido (Israel) e o servidor Cassiano também foram processados e demitidos do serviço público, e, ao que restou evidenciado nos autos, referida prática era corriqueira no Município de Amambaí, visto que *"não havia rigoroso controle acerca do recebimento e do pagamento das quantias. A fiscalização somente fora levada a efeito após a implantação de um sistema informatizado de controle e os desvios descobertos pela equipe de Campo Grande (f. 1207)."*

Ainda que não haja prova de que o requerido Michael seja o único destinatário dos valores desviados (R$ 144.978,52), há prova suficiente de que era o responsável pelos depósitos não efetuados, causando prejuízo ao erário.

O requerido também foi ouvido em juízo (f. 1158), tendo assim afirmado:

Requerido Michael Marques Gibim:

> *"Eu entrei em 2006 e saí em 2009, exerci todas (atividades) emissão de GTA, serviço a campo, arquivo, tudo, tudo. Eu sou formado em Educação Física, na época eu era administrador rural, eu passei no concurso público pra trabalhar de agente de serviços agropecuários e fui colocado para trabalhar como agente fiscal agropecuário. Era fiscal, ia nos locais, participava de campanha de vacinação (...) não tinha uma*

tesouraria ou uma contabilidade, eram recebidos numa caixa de sapato por todos do escritório, não só por mim (...).

O Israel era o inspetor local falava o que cada um tinha que fazer, eu fazia tudo, quando eu não tava ali pra fazer nota ou eu tava no campo, tinha outro ali, quando eu tava em alguma loja, que também não era o meu serviço, fazendo controle de vacinação, que não era meu serviço, não tive treinamento nenhum, tinha outro ali dentro do escritório, entendeu. Quando eu entrei no IAGRO, eu sentei do lado de uma antiga funcionária, do antigo funcionário (...) aí ele foi me explicando você vai tirar um GTA assim, assim e ei falei e o recebimento, o recebimento você vai receber e colocar numa caixa de sapato e aí todo mundo que trabalhava ali dentro do IAGRO recebia e ia colocando e foi estipulado assim, se você receber valores em cheque e não for estipulado o valor da guia, não bater o valor da guia ou você tem que trocar, a única solução era trocar porque todos os cheques eram cruzados, entendeu, aí quando eu entrei eu encontrei vários cheques dentro do armário. A conta bancária (da IAGRO) era só pra pagamento de boletos. Era depositado nessa conta para pagamento de boleto a cada seis meses, a cada três meses. (O cheque não era depositado em conta) porque não tinha valores exatos da guia, só que isso sem treinamento nenhum (...).

Não (respondeu processo administrativo), porque eles alegaram que eu sumi e eu cansei de sair daqui final de semana, com carro oficial, que também não era da minha função, de sexta, de sábado, de domingo, com carro oficial, com servidores também do IAGRO, ia até a minha casa, levava carro no mecânico em Ponta Porã, eles sabiam onde moravam minha família (...).

(Pediu exoneração) porque eu comecei a cursar Educação Física em Ponta Porã e eu precisava sair mais cedo devido ao ônibus que eu tinha que ir e voltar todas as noites e aí ele não quis me liberar mais pra poder sair mais cedo, aí eu terminei meu curso de Educação Física, eu já dava aulas de personal trainer e hoje eu sou personal.

Conheço, o Ricardo é um pecuarista efetuava (pagamentos) em diversas formas, em cheque, dinheiro. Depositei (em sua conta particular) um cheque do Ricardo devido pra fazer um valor que não bateu com a guia que ele tirou. Se a guia fosse assim de R$ 101,80 se ele fizesse de R$ 102,00 eu já não conseguia mais pagar aquela guia, só um exemplo. Aí ele fez um cheque, não lembro na época, R$ 88,00 eu não conseguia pagar, porque, assim, era estipulado, você vai receber o que o pecuarista passar, a gente pedia valores, mas nenhum obedecia ordens dos agentes né e toda vez que a gente queria bater de frente, vinha ordem de cima pra gente abaixar a bola.

(porque que alguém daria um cheque com o valor a mais?) porque ele não arredondavam os centavos, nunca foi arredondado, esse valor que sobrava de troco ficava ali pro café (...) todo mundo ciente do que eu fazia (...) emitia o GTA, emitindo o GTA já emitia a guia aí essa guia tinha que ser paga.

(Esse que consta aqui no valor de R$ 87,90, um cheque depositado na sua conta do Ricardo Bonamigo depois foi pago essa guia?) Sim, tinha protocolo bancário (...).

Antigamente você emitia essas guias e essas guias não tinham retorno, entendeu e eles alegaram depois que teriam retorno, mas tinham várias guias de GTA's manuais que não emitiam guias, que eram tiradas em festa de laço, em barreiras que a gente fazia, por isso a gente não tinha computador pra chegar ali e emitir guia pro pecuarista.

Não é verdade (ser o responsável principal da atribuição de guias nomeado por Israel), não sei por qual motivo, porque ele deixava os GTA's assinados ali no escritório e a gente fazia, emitia os GTA's, coisa que na legislação do IAGRO não é permitido e foi sempre assim e vai ser sempre assim.

Relação de amizade entre todos do escritório.

Ele (Ricardo) é pecuarista né, ele tem bastante movimento aqui, (tratava) com todos.

Eu nem sabia da sindicância Doutor, porque eles alegaram que eu sumi, que eu desapareci, entendeu e eu só saí do escritório com autorização do inspetor regional, não abandonei o escritório.

(Você quem preencheu esse cheque do Ricardo Bonamigo no campo do destinatário?) não.

(De quem é a letra que está nesse cheque? Você saber dizer?)

Não sei."

Desse modo, verifica-se a existência de ato ímprobo praticado por Michel Marques Gibim, notadamente que não procedeu aos depósitos bancários que deveria efetuar, concorrendo para o desvio patrimonial (art. 10, da LIA) e faltando com os deveres de honestidade, imparcialidade e lealdade à instituição da IAGRO (art. 11 da LIA).

Todavia, não verifico a incidência do art. 9º, da LIA, porquanto não há prova de que o requerido auferiu a vantagem patrimonial desviada, notadamente que não está demonstrado nos autos a destinação da verba (R$ 144.978,52), nem mesmo demonstrada eventual elevação patrimonial do mesmo, tanto que a magistrada *a quo* consignou *"não há nenhum elemento concreto e seguro capaz de demonstrar que o réu se beneficiou da apropriação do valor exato de R$ 144.978,52."*

Por fim, não há falar-se em ausência de dolo ou má-fé, pois presente o prejuízo ao erário, ante o desvio de valores e a violação aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade à instituição.

Por fim, transcrevo trecho do parecer do representante da Procuradoria Geral de Justiça:

"Logo, o que se extrai do processado, é que a negligência e a malversação dos recursos públicos foi o que provocou a lesão ao erário, denotando também ofensa aos princípios da Administração Pública, mas não há como afirmar que o Requerido desviou valores do Erário para se locupletar.

Como demonstrado nos autos, o Requerido era o servidor responsável por depositar os valores oriundos do pagamento das guias, porém, não agiu com zelo e dedicação às atribuições de seu cargo, permitindo que diversos boletos extraviassem, e, assim, deixando de depositar os respectivos valores em favor do Órgão Público, causando considerável desfalque patrimonial."

Das penalidades.

No que se refere à dosimetria da pena aplicada na sentença, importa rememorar o dispositivo da sentença:

"(...) aplicando-lhe as sanções de ressarcimento integral do dano, no valor de R$ 144.978,52, e de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 5 anos, previstas no art. 12, inciso II, da mesma lei (...)."

Quanto à aplicação das penas descritas no art. 12 da Lei nº 8.429/92 ao agente ímprobo, tenho que incumbe ao juiz efetuar a dosimetria da pena em consonância com o dispositivo legal, observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nesse sentido:

"EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINAR DE DESERÇÃO DO RECURSO SUSCITADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – AUSÊNCIA DE PREPARO – INTIMAÇÃO PARA RECOLHIMENTO NÃO ATENDIDA – DESERÇÃO – RECURSO DE DE VAGNER FAUSTINO DE QUEIROZ – NÃO CONHECIDO – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA ARGUIDA POR ANALISADA COM O MÉRITO – AFASTADA – RECURSO DE MÁRIO GOMES VILELA DESPROVIDO – IMPROBIDADE

ADMINISTRATIVA - ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS – VICE-PREFEITA DO MUNICÍPIO DE BANDEIRANTES E PSICÓLOGA DO MUNICÍPIO DE JARAGUARI – DOCUMENTOS QUE COMPROVAM A ACUMULAÇÃO DOS CARGOS E REMUNERAÇÃO – INCOMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS – IMPOSSIBILIDADE DE ACUMULAÇÃO REMUNERADA DE CARGOS – PRECEDENTES DO STJ – INEXIGIBILIDADE DE DOLO ESPECÍFICO QUANTO AO ART. 10 DA LEI Nº 8429/92 - DOLO GENÉRICO OU CULPA – PRESENÇA DE ELEMENTO SUBJETIVO – ATO DE IMPROBIDADE CONFIGURADO – RECURSO DE MARIA VENÊNCIA DE OLIVEIRA MEDEIROS – CONHECIDO EM PARTE E NESTA DESPROVIDO. 1 - Para o conhecimento do recurso é imprescindível a comprovação do pagamento do respectivo preparo no momento da interposição ou, ainda, que este seja feito em dobro em momento posterior, já que não comprovado no ato de interposição (§ 4º do art. 1.007 do CPC). 2 - Ao se manter inerte diante da irregularidade, o Prefeito aderiu à conduta da Vice-Prefeita, tendo conhecimento da vedação legal e consequências jurídicas, conforme próprio parecer da assessoria jurídica, restando evidente a negligência, não havendo de se falar em ilegtimidade passiva. Configurada a má-fé, eis que a situação perdurou por cerca de 01 ano e 04 meses, findando somente após o ajuizamento da ação de improbidade. 4. Não comprovada a compatibilidade de horários, será aplicada a norma relativa ao Prefeito (CF, art. 38, II), portanto, indevida a cumulação de cargos e remunerações. 5 - Comprovado o ato de improbidade administrativa, que à luz do entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça independe de dolo do agente, e sendo a penalidade aplicada condizente com a proporcionalidade e razoabilidade, não há que se reformar a sentença condenatória." (TJMS. Apelação Cível n. 0800240-80.2014.8.12.0025, Bandeirantes, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j: 13/02/2019, p: 18/02/2019)

A multa civil é pena acessória e complementar ao dever geral de indenizar e tem como finalidade coibir a reiteração da conduta, estabelecendo-se efeito desestimulador no agente ímprobo e na sociedade. A lei buscou estabelecer uma correlação entre os atos de improbidade e a base de cálculo da multa: no caso de enriquecimento ilícito, a multa levará em conta o proveito obtido; no dano ao patrimônio público, a base de cálculo será o valor do prejuízo causado; na violação aos princípios da administração pública, o critério será a remuneração do agente.

Aliás, tenho que outra não poderia ser a conclusão face ao disposto no parágrafo único do art. 12 da referida Lei nº 8.429/92.

Confira-se:

> *"Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente."*

Com base neste entendimento, o ato de improbidade praticado pelo requerido enquadrado nos artigos 10, *caput*, I e 11, *caput*, I, da Lei nº 8.429/92, não enseja a aplicação de multa civil, até porque, não foi enquadrado no artigo 9°, I, objeto de recurso interposto pelo Ministério Público, razão pela qual não incide o disposto no inciso I[9], do art. 12, da LIA.

Portanto, não comporta reforma a sentença recorrida.

Dispositivo

Diante do exposto, com o parecer:

Nego provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual;

Nego provimento ao recurso adesivo interposto por Michael Marques Gibim.

É como voto.

9 Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).
I - na hipótese do art. 9°, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

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. 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 e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 30 de março de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira
Agravo de Instrumento nº 1400388-10.2020.8.12.0000 – Fátima do Sul

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – ARRENDAMENTO MERCANTIL –PEDIDO DE CONVERSÃO EM AÇÃO EXECUTIVA – INDEFERIMENTO – CONTRATO QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – AUSENTE ASSINATURA DE TESTEMUNHAS – ARTIGO 784, III do CPC/2015.

Discute-se no presente recurso a possibilidade de conversão da Ação de Reintegração de Posse (Contrato de Arrendamento Mercantil) em Execução de Título Executivo Extrajudicial.

Dispõe o artigo 4º, do Decreto-Lei nº 911, de 1º/10/1969, com a nova redação dada pela Lei nº 13.043, de 13/11/2014, que, se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, fica facultado ao credor requerer, nos mesmos autos, a conversão do pedido de busca e apreensão em ação executiva, na forma prevista no Capítulo II, do Livro II, da Lei nº 5.869, de 11/01/1973 - Código de Processo Civil.

A aplicação, por analogia, de regras concernentes à busca e apreensão, previstas no Decreto-Lei nº 911, de 1º/10/1969, não se afigura vedada na reintegração de posse, alusiva a arrendamento mercantil, e sim permitida, máxime diante das alterações promovidas pela Lei nº 13.043, de 13/11/2014.

Ocorre que, ainda que seja possível a conversão, no caso em tela o contrato juntado aos autos não pode ser considerado título executivo extrajudicial.

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça: *"O documento particular, que não contenha a assinatura de duas testemunhas, não preenche os requisitos do art. 585, II, do CPC/73, desautorizando a utilização da via executiva para a cobrança do crédito nele inscrito."* (REsp 1823834/BA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/02/2020, DJe 20/02/2020).

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, 30 de março de 2020.

Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Autos recebidos em carga em 06/03/2020.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Safra Leasing S.A. Arrendamento Mercantil contra decisão interlocutória proferida nos Autos nº 0802174-84.2015.8.12.0010 pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de Fátima do Sul-MS.

Ação: de reintegração de posse proposta por Safra Leasing S.A. Arrendamento Mercantil contra Denis Cristiano Pereira, sustentando, em síntese, que através do incluso Contrato de Arrendamento Mercantil, Contrato n° 715882554, celebrado em 16/04/2015, cedeu ao réu, em arrendamento, o veículo Chevrolet/ Classic LS 1.0; Ano/modelo: 2011/2011 e placas NRN3595, obrigando-se a pagar 37 prestações mensais, com vencimento a partir de 16/05/2015.

Afirma, todavia, que o réu deixou de efetuar o pagamento das referidas parcelas mensais em 16/07/2015, o que acarretou o vencimento antecipado de suas obrigações, com a consequente rescisão do contrato de arrendamento mercantil.

Requereu, assim: em liminar, a reintegração na posse do bem e, no mérito, reintegrar definitivamente a autora na posse do veículo (f. 01-05, na origem).

Manifestação da parte autora-agravante: requerendo a conversão da ação de busca e apreensão em execução de título extrajudicial (f. 180-188, na origem).

Decisão Interlocutória/agravada: indeferiu a conversão do feito em execução (f. 11-12).

Agravo de instrumento: interposto pela autora Safra Leasing S.A. Arrendamento Mercantil, sustentando, em síntese, a possibilidade de conversão da ação de busca e apreensão em ação de execução.

Requereu, assim, a concessão de efeito suspensivo ao agravo, e, no mérito, o provimento do recurso, a fim de *"deferir do pedido de conversão da reitegração de posse (busca e apreensão) em ação executiva (perdas e danos): em respeito aos exatos termos dos Arts. 3 e 4º do Decreto lei n. 911/1969 e seus parágrafos, para que seja aplicada a correta justiça, que sempre nos é distribuída com muita propriedade e agilidade por esta casa (f. 01-10)."*

Decisão do relator: indeferiu o requerimento de atribuição de efeito suspensivo (f. 39-43).

Contrarrazões: não foram apresentadas, embora o agravado tenha sido intimado (f. 51).

Julgamento virtual: não foi manifestada oposição por qualquer das partes acerca da possibilidade de julgamento do presente recurso no plenário virtual (f. 49).

É o relatório.

VOTO

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

Discute-se no presente recurso a possibilidade de conversão da ação de reintegração de posse (contrato de arrendamento mercantil) em execução de título executivo extrajudicial.

Juízo de admissibilidade

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 02/12/2019 (f. 191-192, na origem), tendo a respectiva intimação ocorrido em 04/12/2019 (f. 194, na origem), enquanto que o presente recurso foi interposto em 21/01/2020 (f. 01-10).

Nos termos do 1.003, § 5º, c/c art. 219, *caput*, ambos do Código de Processo Civil/2015, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo de quinze (15) dias úteis. 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. 13-14).

Manutenção da decisão agravada

Sustenta o apelante que *"não deve restar dúvidas de que o argumento do Ilustre magistrado a quo de que não se aplica aos contratos de Arrendamento Mercantil os ditames do Decreto Lei 911/69 não devem prosperar, uma vez que conforme demonstrado o Superior tribunal de Justiça já pacificou o entendimento de extensão na aplicação da norma (f. 6-7)."*

A decisão recorrida, ao indeferir o pedido de conversão da ação de reintegração de posse em execução de título executivo extrajudicial, valeu-se do seguinte fundamento, *verbis*:

> *"(...)*
>
> *A parte requerente juntou petição requerendo a conversão da presente ação em execução de título executivo extrajudicial (f. 180-ss).*
>
> *Entretanto, a alteração trazida pela nova redação do Decreto-Lei nº 911/69, decorrente da Lei nº 13.043/2014, não alcança as hipóteses de reintegração na posse fundada em inadimplemento de contrato de arrendamento mercantil.*
>
> *O artigo 4º do mencionado decreto esclarece essa premissa:*
>
> *'Art. 4º. Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, fica facultado ao credor requerer, nos mesmos autos, a conversão do pedido de busca e apreensão em ação executiva, na forma prevista no Capítulo II do Livro II da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil'.*
>
> *Da leitura do dispositivo se depreende que a previsão se aplica aos contratos de alienação fiduciária, não se aplicando aos contratos de Arrendamento Mercantil. Tanto é verdade que há diversos julgados nesse sentido."*
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – ARRENDAMENTO MERCANTIL - LEASING – CONVERSÃO EM AÇÃO EXECUTIVA, DIANTE DA NÃO LOCALIZAÇÃO DO BEM – IMPOSSIBILIDADE. Causas de pedir e pedidos diversos. Artigos 4º e 5º do DL 911/69, que permitem a conversão em execução que não alcançam os contratos de arrendamento mercantil. Inteligência do art. 3º, § 15, do DL 911/69. Precedentes deste Tribunal de Justiça. Desprovimento do recurso."* (AI 0028741- 21.2018.8.19.0000 - Agravo de instrumento -1ª Ementa -Des(a). Denise Nicoll Simões. Julgamento: 05/07/2018 - Quinta Câmara Cível).
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL (LEASING) – NÃO LOCALIZAÇÃO DO BEM – DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU PLEITO DE CONVERSÃO EM EXECUÇÃO – AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL À PRETENSÃO DO AGRAVANTE – A NOVA REDAÇÃO DO DECRETO-LEI 911/69, DADA PELA LEI Nº 13.043 DE 13/11/2014, TROUXE A POSSIBILIDADE DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO SER CONVOLADA EM AÇÃO EXECUTIVA, PORÉM, ESTA REGRA NÃO VALE PARA A AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – NESTE SENTIDO, ENTENDIMENTO AMPLAMENTE MAJORITÁRIO DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – RECURSO CONHECIDO – PROVIMENTO NEGADO."* (TJRJ - 0044548- 18.2017.8.19.0000. Des(a). Jaime Dias Pinheiro Filho - Julgamento: 10/04/2018 - Décima Segunda Câmara Cível).
>
> *"Verifica-se portanto que a conversão em execução é exceção e tem aplicação restrita aos pedidos de busca e apreensão.*
>
> *Além disso, é de se acrescentar que o contrato não tem assinatura das duas testemunhas (f. 26), o que contraria o disposto no Art. 784, III do CPC:*

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;

II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor;

III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;

Assim, diante do exposto, denego a conversão do presente feito em execução. A parte autora dê andamento, requerendo o que entender de direito." (f. 11-12).

Dispõe o art. 4º, do Decreto-Lei nº 911, de 1º/10/1969, com a nova redação dada pela Lei nº 13.043, de 13/11/2014, que, se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, fica facultado ao credor requerer, nos mesmos autos, a conversão do pedido de busca e apreensão em ação executiva, na forma prevista no Capítulo II, do Livro II, da Lei nº 5.869, de 11/01/1973 - Código de Processo Civil.

A legislação em comento faculta ao credor requerer, nos mesmos autos, a conversão do pedido de busca e apreensão em ação executiva, se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor.

Como cediço, dúvida alguma remanesce sobre a possibilidade da conversão em se tratando de ação de busca e apreensão, calcada em alienação fiduciária.

Na espécie, a controvérsia reside em definir se essa providência poderia ser igualmente adotada em se tratando, não de busca e apreensão, mas de reintegração de posse, alusiva a arrendamento mercantil.

Em que pese o entendimento esposado pelo ilustre magistrado, *data venia*, filio-me aos que entendem possível a conversão em casos como o dos autos.

Isto porque, a aplicação, por analogia, de regras concernentes à busca e apreensão, previstas no Decreto-Lei nº 911, de 1º/10/1969, não se afigura vedada, e sim permitida, máxime diante das alterações promovidas pela Lei nº 13.043, de 13/11/2014.

Nessa linha, inclusive, o contido nos dispositivos abaixo transcritos:

"Art. 2º No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas.

(...)

§ 4º Os procedimentos previstos no caput e no seu § 2º aplicam-se às operações de arrendamento mercantil previstas na forma da Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974.

Art. 3º O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário.

(...)

§ 15. As disposições deste artigo aplicam-se no caso de reintegração de posse de veículos referente às operações de arrendamento mercantil previstas na Lei nº 6.099, de 12 de setembro de 1974."

Não vislumbro inadmissível, pois, estender a possibilidade em tela também quanto à conversão prevista no mencionado art. 4º, do Decreto-Lei nº 911, de 1º/10/1969.

Ocorre que, ainda que seja possível a conversão, no caso em tela o contrato juntado aos autos não pode ser considerado título executivo extrajudicial.

Dispõe o artigo 784, do CPC/2015 que: *"São títulos executivos extrajudiciais: (...) III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas."*

O título executivo extrajudicial é figura excepcional, ou seja, é exceção, uma vez que a regra geral é que primeiro a parte reconheça seu direito por prévio processo de conhecimento e, após isso, que se inicie a execução.

Na hipótese, o Contrato de Arrendamento Mercantil Financeiro Leasing de Veículo -PF (f. 14-26) formalizado entre as partes é documento particular, mas foi assinado somente pelo arrendante e arrendatário - nenhuma testemunha -, vejamos:


Arrendante

Arrendatário

DENIS CRISTIANO PEREIRA

Avalista (1)

Cônjuge/Companheiro(a) do(a) Avalista (1)

Avalista (2)

Cônjuge/Companheiro(a) do(a) Avalista (2)

Fiel Depositário

DENIS CRISTIANO PEREIRA

Testemunhas:

Nome

CPF

Nome

CPF

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "*O documento particular, que não contenha a assinatura de duas testemunhas, não preenche os requisitos do art. 585, II, do CPC/73, desautorizando a utilização da via executiva para a cobrança do crédito nele inscrito.*" (REsp 1823834/BA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/02/2020, DJe 20/02/2020).

Assim, o documento em questão não pode ser considerado título executivo extrajudicial e não tem força executiva, de modo que seria ineficaz a determinação de conversão da ação de reintegração de posse em execução de título executivo extrajudicial.

Portanto, com as devidas ressalvas, a decisão do juízo *a quo* deve ser mantida.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Safra Leasing S.A. Arrendamento Mercantil 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. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 30 de março de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira
Apelação Cível nº 0813256-71.2017.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – FURTO DE VEÍCULO NO ESTACIONAMENTO DO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DEVERES DE SEGURANÇA E DE CUIDADO – RESSARCIMENTO DO DANO MATERIAL (EMERGENTE) EXPERIMENTADO PELO CONSUMIDOR COM O FURTO DE SEU VEÍCULO – DANO MORAL – OCORRÊNCIA – VALOR DA INDENIZAÇÃO – RAZOABILIDADE.

Discute-se no presente recurso: a) a responsabilidade civil (danos materiais e morais) de supermercado pelo furto de veículo do consumidor no estacionamento do referido estabelecimento comercial, bem como: b) a justeza da indenização por danos morais.

O art. 14, da Lei nº 8.078, de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor), prevê o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa (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.

Por sua vez, o § 1º, do referido dispositivo, preceitua que 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: a) o modo de seu fornecimento (inc. I); b) o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam (inc. II); c) a época em que foi fornecido (inc. III).

Os estabelecimentos comerciais e congêneres que fornecem estacionamento aos veículos de seus clientes, em regra, respondem objetivamente por danos, furtos ou roubos, pois a disponibilização do estacionamento constitui mecanismo de captação de clientela para o estabelecimento, que, em troca dos benefícios indiretos que aufere, deve zelar pela segurança dos veículos dos consumidores, suportando os riscos inerentes à comodidade oferecida. Precedentes do STJ.

No caso de furto de veículo em estacionamentos disponibilizados por fornecedores, há que se atentar, todavia, que, se aplicada sistematicamente a teoria do risco-proveito, haverá a presunção de que o risco assumido por qualquer estabelecimento, assim como o proveito decorrente do estacionamento, é uniforme e invariável, o que não condiz com a realidade econômica-social, em regra dinâmica e multifacetada.

Nesse contexto, a responsabilidade do estabelecimento por danos ou subtrações de veículos em estacionamentos deve ser aferida casuisticamente, cabendo ao julgador investigar se o conjunto das circunstâncias concretas do estabelecimento e seu estacionamento são aptas a gerar, no consumidor-médio, razoável expectativa de segurança.

Se esse conjunto de circunstâncias, objetivamente consideradas, indicar que havia razoável expectativa de segurança por parte do consumidor-médio, a responsabilidade do estabelecimento ou instituição estará configurada, assentando-se o nexo de imputação na frustração da confiança a que fora induzido o consumidor. Precedentes do STJ.

No caso dos autos, a natureza da atividade exercida (empresarial), o porte do estabelecimento, o nível de acesso ao estacionamento (exclusivo para clientes), a existência de aparatos físicos de segurança na área de parqueamento (muros, cercas, grades, guaritas e sistema de vídeo-vigilância), sem dúvidas, criaram no consumidor razoável expectativa de segurança, daí a razão para a responsabilização do réu.

O dano moral suportado pelo autor é evidente, pois o evento inegavelmente causou-lhe sensação de desconforto capaz de afetar significativamente direitos da personalidade, tais como a própria dignidade humana, já que se viu privado de utilizar bem de sua propriedade, o qual é essencial para a realização de toda e qualquer atividade da vida cotidiana. Tal situação destoa da normalidade e, certamente, causa demasiada frustração, angústia e sofrimento para além do razoável, justificando-se a condenação por dano anímico.

Acerca do valor da indenização por danos morais, levando-se em conta em especial a condição financeira das partes, a finalidade educativa e preventiva da condenação e a gravidade do dano, reputa-se justo o valor fixado pela sentença (R$ 3.000,00), o qual, antes exorbitante, beira a irrisoriedade, embora tenha sido este o valor pedido na inicial.

Apelação conhecida e não provida, com majoração dos honorários de sucumbência.

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, 8 de abril de 2020.

Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Autos recebidos em carga no dia 06/02/2020.

Trata-se de apelação interposta por EBS Supermercados LTDA - Supermercados Comper contra sentença proferida nos Autos nº 0813256-71.2017.8.12.0001 pelo Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande-MS.

Ação: Indenização por danos materiais e morais proposta por Miguel Oliveira EBS contra Supermercados LTDA - Supermercados Comper, aduzindo, em suma, que é proprietário do veículo Gol, ano 1994, placa KBN-3418, cor verde e que, no dia 02/05/2017, por volta das 11:30h, estacionou o seu veículo no pátio do estacionamento do requerido, para efetuar o pagamento fatura do seu cartão de crédito da Rede Compcard, contudo, alega que, *"após realizar o pagamento, as 11:48h, retornou ao local onde deixara o veículo estacionado, não mais encontrou, constatando que o mesmo havia sido furtado (f. 02)."*

Afirmou que mesmo diante de toda a situação, o requerido não forneceu apoio ao autor e negou-se a entregar a gravação das câmaras de segurança do local, que comprovariam que o veículo estava estacionado no local no momento do furto.

Requereu, a condenação do réu ao pagamento de: a) indenização pelo dano material no valor de R$ 8.000,00 e b) o pagamento de danos morais em valor não inferior a R$ 3.000,00 (f. 01-10).

Sentença: julgou procedentes os pedidos da inicial, para: a) condenar *"empresa ré ao pagamento de indenização, a título de danos morais, em favor do requerente, na quantia de R$ 3.000,00 (três mil reais), quantia essa que deve ser atualizada pelo IGPM-FGV, a partir da data do arbitramento e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir do evento danoso (responsabilidade extracontratual)"*, bem como para: b)

condená-la ao pagamento *"de R$ 8.089,00 (oito mil, oitenta e nove reais), a título de indenização pelos danos materiais por ele suportados, sendo referida quantia atualizada por correção monetária pelo IGPMFGV e de juros de mora legais (1% ao mês), desde o evento danoso."*

Sucumbência atribuída ao réu, com honorários de sucumbência fixados em dez por cento (10%) do valor atualizado da condenação (f. 91-97).

Apelação: interposta pelo réu EBS Supermercados LTDA - Supermercados Comper, sustentando, em síntese, que: a) o fato alegado (furto) carece de prova idônea, pois *"apenas o boletim de ocorrência, sem outras provas (...), não poderá ser utilizado única e exclusivamente para fundamentação de uma responsabilização (f. 103-104)"*, não podendo também lhe ser imposto o ônus de provar a inocorrência do fato alegado, pois não possui registro das câmaras de segurança, além do que o estacionamento é gratuito, *"não possui segurança, chancelas, controle de entrada ou saída e muito menos monitoramento (f. 107)"*, razão pela não pode lhe ser imputada a responsabilidade pelo fato (f. 101-111); b) que não há prova acerca da ocorrência dos danos morais alegados, e ***c***) alternativamente, que seja reduzida a indenização por danos morais.

Contrarrazões: em síntese, refutou os argumentos do recorrente, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 115-120).

Julgamento virtual: não houve oposição (f. 125).

É o relatório.

VOTO

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

Discute-se no presente recurso: a) a responsabilidade civil (danos materiais e morais) de supermercado pelo furto de veículo do consumidor no estacionamento do referido estabelecimento comercial, bem como: b) a justeza da indenização por danos morais.

Juízo de admissibilidade

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 12/08/2019 (f. 91-97), tendo a respectiva intimação ocorrido em 14/08/2019 (f. 100), enquanto que o presente recurso foi interposto em 05/09/2019 (f. 101-111).

Nos termos do art. 1.003, § 5º, c/c art. 219, *caput*, do Código de Processo Civil/2015, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo legal de quinze (15) dias úteis. Outrossim, quanto à regularidade formal, o recurso está em consonância com o disposto no art. 1.010, incisos I a IV, c/c art. 1.007, *caput*, todos do Código de Processo Civil/2015 (preparo às f. 130-131).

Responsabilidade civil do fornecedor: deveres de segurança e de cuidado

O réu-apelante aduz, em suma, que o dano alegado carece de prova idônea, pois inexistiria nos autos qualquer prova ou indicio de que os fatos alegados tenham ocorrido de fato, sendo a ação fundamentada apenas em deduções desprovidas de provas, apresentando-se somente um Boletim de Ocorrência, sem outras provas do que nele se afirma.

A sentença, ao julgar procedente o pedido, explicou que o fez também em face da decretação da revelia e do pedido de julgamento antecipado da lide formulado pelo próprio réu-apelante, *verbis*:

> *"Para o deslinde da presente querela deve-se levar em conta a situação implícita de vulnerabilidade da parte requerente, que é presumida no caso concreto, passível de proteção pelo sistema, uma vez que a relação negocial entre as partes, por ser de consumo, não é*

estabelecida de forma paritária, razão pela qual merece proteção estatal (artigo 5.º, inciso XXII, da CF e artigo 4.º, inciso I, do CDC).

Contudo, não há necessidade da inversão do ônus da prova, mormente em razão da revelia decretada.

Com efeito, ausente qualquer exceção legal, presumem-se verdadeiros os fatos articulados pelo autor na inicial, em especial de que teve seu veículo furtado no estacionamento do supermercado réu.

É bem verdade que tal presunção é relativa.

Inobstante, os documentos de f. 13-14 e f. 15 fazem satisfatória prova do alegado, mormente quando oportunizada a produção de prova à requerida, tendo esta se manifestado pelo julgamento antecipado do mérito (f. 72-77).

Dessa forma, presumindo-se como verazes as alegações do autor de que teve seu veículo furtado no estacionamento do supermercado requerido, outra conclusão possível não se tem senão a de que o albergue dos pedidos de indenização pelos danos materiais e morais é medida de rigor (f. 94).”

O art. 14, da Lei nº 8.078, de 11/09/1990 (Código de Defesa do Consumidor), prevê o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa (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.

Por sua vez, o § 1º, do referido dispositivo, preceitua que 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: a) o modo de seu fornecimento (inc. I); b) o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam (inc. II); c) a época em que foi fornecido (inc. III).

Diante de tais disposições, e à luz da sistemática das normas protetivas do Direito do Consumidor, a responsabilidade do réu é objetiva em casos como o dos autos, em razão da aplicação da teoria do risco teoria do risco do empreendimento (ou da atividade), segundo a qual o fornecedor responde objetivamente por todos os danos causados ao consumidor pelo serviço que se revele defeituoso, na medida em que a atividade econômica é desenvolvida, precipuamente, em seu benefício, devendo, pois, arcar com os riscos de consumo dela advindos (REsp 1.599.405/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 17/04/2017).

Consequência da aplicação da teoria do risco teoria do risco do empreendimento (ou da atividade) são os chamados deveres anexos da relação consumerista, dentre os quais avulta na espécie o dever de cuidado/segurança, o qual diz respeito ao resguardo da segurança dos consumidores, podendo ser resumido na obrigação que tem o fornecedor de zelar para com o patrimônio e a integridade física ou moral do consumidor, ou seja, na obrigação legal de ter cuidados redobrados para não causar - ou deixar que se cause - dano à parte hipossuficiente.

Conforme delineado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, os estabelecimentos comerciais e congêneres que fornecem estacionamento aos veículos de seus clientes, em regra, respondem objetivamente por danos, furtos ou roubos, pois a disponibilização do estacionamento constitui mecanismo de captação de clientela para o estabelecimento, que, em troca dos benefícios indiretos que aufere, deve zelar pela segurança dos veículos dos consumidores, suportando os riscos inerentes à comodidade oferecida (REsp 1.606.360/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 30/10/2017).

Entretanto, a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (v.g., REsp 1.606.360/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 30/10/2017) alerta, atualmente, para o fato de que, se aplicada sistematicamente a teoria do risco-proveito, haverá a presunção de que o risco assumido por qualquer estabelecimento, assim como o proveito decorrente do estacionamento, é uniforme e invariável, o que não condiz com a realidade econômica-social, em regra dinâmica e multifacetada.

Nesse contexto, entende-se que a responsabilidade do estabelecimento por danos ou subtrações de veículos em estacionamentos deve ser aferida casuisticamente, cabendo ao julgador investigar se o conjunto das circunstâncias concretas do estabelecimento e seu estacionamento são aptas a gerar, no consumidor-médio, razoável expectativa de segurança.

Se esse conjunto de circunstâncias, objetivamente consideradas, indicar que havia razoável expectativa de segurança por parte do consumidor-médio, a responsabilidade do estabelecimento ou instituição estará configurada, assentando-se o nexo de imputação na frustração da confiança a que fora induzido o consumidor.

Dentre as circunstâncias relevantes, podem ser citadas (sem qualquer intuito de exaurimento): pagamento direto pelo uso do espaço para estacionamento; natureza da atividade exercida (se empresarial ou não, se de interesse social); ramo do negócio; porte do estabelecimento; nível de acesso ao estacionamento (fato de o estacionamento ser ou não exclusivo para clientes ou usuários do serviço); controle de entrada e saída por meio de cancelas ou entrega de *tickets*; aparatos físicos de segurança na área de parqueamento (muros, cercas, grades, guaritas e sistema de vídeo-vigilância); presença de guardas ou vigilantes no local; nível de iluminação etc.

No caso dos autos, a natureza da atividade exercida (empresarial), o porte do estabelecimento, o nível de acesso ao estacionamento (exclusivo para clientes), a existência de aparatos físicos de segurança na área de parqueamento (muros, cercas, grades, guaritas e sistema de vídeo-vigilância), sem dúvidas, criaram no consumidor razoável expectativa de segurança.

O conjunto fático-probatório dos autos indica que havia, por parte do autor-apelado, legítima expectativa de segurança em relação ao estacionamento que fica dentro do empreendimento comercial da empresa-ré, tanto é que estacionava o seu veículo no local frequentemente.

Asseverou na exordial que o estacionamento do réu-apelante é gratuito, não sendo emitido *ticket* de estacionamento, contudo, *"constitui espaço destinado ao uso dos clientes, com vagas cobertas, demarcadas, placas de sinalização e pessoal de segurança (f. 02)"*. Além disso, explicou que *"tomou os cuidados de fechar e travar as portas do veículo, indo então, despreocupadamente pagar o referido boleto junto a empresa Requerida, inclusive a Requerida possui quadro de empregados encarregados e destacados para o serviço de segurança local (f. 02)."*

Tais fatos, em razão da revelia, e da falta de provas por parte do réu em sentido contrário, devem ser considerados verdadeiros na esteira do disposto no art. 344, do CPC/15.

Em razão disso, a responsabilidade do estabelecimento está configurada, assentando-se o nexo de imputação na frustração da confiança a que fora induzido nas pessoas que ali estacionam, independentemente se são consumidores das lojas ali situadas, ou se realizaram ou não alguma compra no estabelecimento comercial.

Acerca da alegada falta de provas do furto, é certo que o ônus probatório, no caso, por se tratar de alegação de fato do serviço (art. 14, CDC) é invertido por força de lei (*ope legis*), sendo do fornecedor a responsabilidade pelos danos alegados, salvo se provar que: ***a***) tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; e ***b***) a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro; o que não ocorreu na espécie, mesmo porque o réu, quando instado para produzir as provas que entendia serem pertinentes, simplesmente pugnou pelo julgamento antecipado da lide (f. 77).

Além disso, a autora-apelada afirmou em sua petição inicial que *"o requerido negou-se a entregar a gravação das câmaras de segurança do local (f. 03)"*, sendo que o réu, conforme se infere dos documentos de f. 43, afirmou, que *"da data dos fatos transcorreu o prazo de 30 dias, que corresponde ao período que a requerida teria a imagem dos fatos. Passando esses 30 dias todas as imagens foram expurgadas"*. Ou seja, se houvesse verdadeiro interesse do réu de provar a verdade, poderia este ter guardado as imagens de segurança do dia do furto, já que tomou conhecimento do fato na data de sua ocorrência.

Assim, neste ponto, o recurso não merece provimento.

Danos morais

O réu-apelante aduz, em suma, que não há prova do abalo anímico alegado pelo autor, razão pela qual o pedido de indenização por danos morais deve ser julgado improcedente. Alternativamente, requereu a redução do valor da indenização fixado pela sentença.

O juízo *a quo*, ao julgar procedente o pedido de indenização por danos morais, considerou que *"o furto de veículo automotor que se encontra estacionado no estacionamento do supermercado em que o consumidor foi pagar contas relativas ao cartão da loja (f. 13), confiando na guarda e vigilância que deveria ser mantida pelo estabelecimento, causa-lhe angústia que certamente não se encaixa no que se denomina de aborrecimento cotidiano, sendo cabível a indenização por danos morais, mormente quando o autor é idoso e não há notícia de que o veículo tenha sido recuperado(f. 95)."*

O chamado dano moral, segundo a linha jurisprudencial consolidada, é aquele que decorre de uma conduta ilícita capaz de gerar dor, vexame, sofrimento ou mesmo humilhação, os quais, fugindo à normalidade, interferem intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, chegando a causar-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar (REsp 1.234.549/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3ª Turma, DJe 10/02/2012).

A configuração do dano moral prescinde da demonstração de efetivo prejuízo monetário, sendo decorrente do gravame, fato que abala o psicológico; circunstância que independe de prova em concreto, bastando a simples ocorrência do fato abusivo e ilegal.

No caso, o dano moral suportado pelo autor é evidente, pois o evento inegavelmente causou-lhe sensação de desconforto capaz de afetar significativamente direitos da personalidade, tais como a própria dignidade humana, já que se viu privado de utilizar bem de sua propriedade, o qual é essencial para a realização de toda e qualquer atividade da vida cotidiana. Tal situação destoa da normalidade e, certamente, causa demasiada frustração, angústia e sofrimento para além do razoável, justificando-se a condenação por dano anímico.

Assim, não há dúvidas acerca da ocorrência do dano moral na espécie.

Quanto ao valor da indenização, o montante para a compensação dos danos morais não pode constituir meio de enriquecimento sem causa, mas tampouco deve representar quantia que, de tão ínfima, não importe em repreensão ao ofensor, tolhendo-se da reprimenda o caráter educador e preventivo, também ínsito a condenações desse jaez.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem evoluído no sentido de estabelecer parâmetros a nortear a fixação da compensação por danos morais, levando-se em conta, principalmente, que a reparabilidade do dano moral possui função meramente satisfatória, que objetiva a suavização de um pesar, o qual é sempre insuscetível de restituição ao *status quo ante* (EREsp 1.127.913/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, DJe 05/08/2014).

Destacam-se os seguintes precedentes:

> *"a) o dano moral e seu quantum deve assegurar a justa reparação do prejuízo, calcada nos critérios da **exemplariedade** e da **solidariedade**, sem proporcionar **enriquecimento sem causa** do autor, além de levar em conta a **capacidade econômica do réu**. (REsp 1.047.986/RN, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 26/03/2009);*
>
> *b) na fixação do valor da indenização por danos morais, consideram-se as **condições pessoais** e **econômicas** das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a **não haver o enriquecimento indevido** do ofendido, bem como que sirva para **desestimular o ofensor** a repetir o ato ilícito. (REsp 747.474/RJ, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado do TJ/AP), 4ª Turma, DJe 22/03/2010);*

> *c) a justa indenização norteia-se por um juízo de ponderação, formulado pelo Julgador, entre a* ***dor suportada*** *e a* ***capacidade econômica de ambas as partes*** *– além da seleção de um critério substancialmente equânime."* (EREsp 1.127.913/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, DJe 05/08/2014). (G.n.)

As principais circunstâncias a serem consideradas como elementos objetivos e subjetivos de concreção são: a) a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima (dimensão do dano); b) a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente (culpabilidade do agente); c) a eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima); d) a condição econômica do ofensor e e) as condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica).

Portanto, à luz de tais considerações, em especial levando-se em conta a *"condição financeira das partes, a finalidade educativa e preventiva da condenação e a gravidade do dano"*, reputa-se justo o valor fixado pela sentença (R$ 3.000,00), o qual, antes exorbitante, beira a irrisoriedade, embora tenha sido este o valor pedido na inicial.

Assim, nestes pontos, também não se verifica margem alguma para reforma da sentença.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por EBS Supermercados LTDA Supermercados Comper mas nego-lhe provimento.

Nos termos do § 11, do art. 85, do CPC/15, considerando a manutenção da sentença (dupla conforme), bem como, o trabalho adicional realizado (*v.g.*, f. 115-120), majoro os honorários de sucumbência para quinze por cento (15%) sobre o valor atualizado da condenação, *ex vi* o disposto no § 2º do referido dispositivo legal.

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. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Campo Grande, 8 de abril de 2020.

***

3ª Câmara Cível
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira
Apelação Cível nº 0800644-15.2016.8.12.0041 – Ribas do Rio Pardo

EMENTA – APELAÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTIVA – CITAÇÃO DO FIADOR ANOS APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO – IRRELEVÂNCIA – DEMORA IMPUTÁVEL EXCLUSIVAMENTE AO DEVEDOR-APELANTE POR SUA DIFICULDADE EM SER LOCALIZADO – CIRCUNSTÂNCIA QUE SE AGREGA AO FATO DE QUE A CITAÇÃO TEMPESTIVA DO DEVEDOR PRINCIPAL INTERROMPEU A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO TAMBÉM PARA O FIADOR – INCIDÊNCIA DO REGRAMENTO PREVISTO NO CC/02 (ART. 204, § 3º) – BENEFÍCIO DE ORDEM – DIREITO NÃO NEGADO SENTENÇA – CONCLUSÃO NO SENTIDO DA AUSÊNCIA DAS CONTRAPARTIDAS EXIGIDAS PELA LEI CIVIL.

Discute-se no presente recurso: a) a ocorrência, ou não, da prescrição da pretensão executiva quanto ao devedor-fiador, em razão de demora exacerbada para a sua citação; e b) a subsistência do direito de benefício de ordem quanto ao fiador-apelante, em razão da alegada inocorrência de renúncia a este direito no contrato objeto da ação executiva.

Prescrição: o art. 219, do CPC/173, previa que a citação válida, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

Contudo, os §§ 2º, 3º, e 4º, do referido art. 219, eram taxativos ao prescrever que: a) incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar; b) não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias; e, por fim, c) que não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição.

A parte final, do § 2º, do art. 219, do CPC/73, todavia, previa que o autor não poderia ficar prejudicado por eventual *"demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário."*

Nesse mesmo sentido, a Súmula nº 106/STJ prescreve que, *"proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência."*

Na hipótese dos autos, de uma análise cuidadosa dos autos da Ação de Execução nº 0550239-42.2005.8.12.0041, se vê que o credor sempre diligenciou em busca do endereço de devedor-fiador, ora apelante, o qual, em verdade, se revelou pessoa de difícil localização, haja vista as inúmeras tentativas infrutíferas de sua citação. Assim, a demora na citação ocorreu por razões imputáveis tão somente ao devedor-apelante, não podendo, portanto, se valer de sua torpeza, para se beneficiar de eventual prescrição.

Além disso, nos termos do o § 3º, do art. 204, do CC/02, a interrupção da prescrição, produzida contra o principal devedor, prejudica o fiador, dispositivo que se aplica à espécie em razão de se tratar o título executivo de um Instrumento Particular de Confissão de Dívida. (f. 22-26, na origem).

Nesse sentido, observa-se que a devedora principal AGM Indústria e Comércio de Móveis LTDA se deu por citada ainda em novembro/2005 (f. 76, na origem), interrompendo, assim, a prescrição, nos moldes dos §§, do art. 219, do CPC/73, já que distribuída a petição inicial em julho/2005.

Benefício de ordem: o art. 827, do CC/02, prevê que o fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor. Ainda, o parágrafo único, do mesmo dispositivo, estabelece que o fiador que alegar o benefício de ordem deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.

Na espécie, o fiador-apelante não nomeou bens da devedora principal, e, ademais, apenas referiu-se a bens que foram indicados por esta no início da lide, mas que não foram aceitos pela credora-apelada, ante a alegada inobservância da ordem legal do então vigente art. 655, do CPC/73, recusa esta que foi aceita pelo juízo.

Apelação conhecida e não provida, com majoração dos honorários de sucumbência.

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, 23 de abril de 2020.

Des. Paulo Alberto de Oliveira

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Autos recebidos em carga no dia 17/03/2020.

Trata-se de apelação interposta por Paulo Sérgio Gabas contra sentença proferida nos Autos nº 0800644-15.2016.8.12.0041 pelo Juiz da Vara Única da Comarca de Ribas do Rio Pardo-MS.

Ação de embargos à execução opostos por Paulo Sérgio Gabas contra Ramires Reflorestamentos LTDA, como defesa na Ação de Execução nº 0550239-42.2005.8.12.0041, sustentando, em suma, ter sido executado por uma dívida de R$ 159.226,43, prevista em Instrumento Particular de Confissão de Dívida subscrito pela devedora principal AGM Indústria e Comércio de Móveis LTDA, ao qual o embargante-apelante também aderiu na condição de fiador, juntamente com Francisco Winkler Neto.

Aduziu, em suma: a) ter havido a prescrição da pretensão executiva em relação a si, já que somente foi citado após onze anos do ajuizamento da ação; e b) ter direito, como fiador, ao benefício de ordem, também porque previsto este no contrato pactuado, devendo, assim, ser expropriados, primeiramente, bens da devedora principal (f. 01-05).

Sentença: rejeitou os embargos do devedor-apelante, condenando-o ao pagamento dos ônus de sucumbência, com honorários fixados em R$ 1.000,00 (f. 730-736).

Embargos de Declaração: opostos pela credora-apelada Ramires Reflorestamentos LTDA (f. 740-744), foram rejeitados (f. 79-780).

Apelação: interposta pelo embargante Paulo Sérgio Gabas, sustentando, em síntese, que: a) ocorreu a prescrição da pretensão executiva, uma vez que foi citado apenas onze anos após a propositura da Ação de Execução; e b) ter direito, como fiador, ao benefício de ordem, ao qual não manifestou qualquer intenção de renúncia no contrato objeto da execução (f. 745-750).

Contrarrazões: em síntese, refutou os argumentos do(a) recorrente, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 756-769).

Julgamento virtual: não houve oposição (f. 774).

É o relatório.

VOTO

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

Discute-se no presente recurso: a) a ocorrência, ou não, da prescrição da pretensão executiva quanto ao devedor-fiador, em razão de demora exacerbada para a sua citação; e b) a subsistência do direito de benefício de ordem quanto ao fiador-apelante, em razão da alegada inocorrência de renúncia a este direito no contrato objeto da ação executiva.

Juízo de admissibilidade

Registro que a decisão recorrida foi proferida e disponibilizada nos autos digitais em 19/07/2019 (f. 730-736), tendo a respectiva intimação ocorrido em 19/07/2019 (f. 737), enquanto que o presente recurso foi interposto em 21/08/2019 (f. 745-750).

Nos termos do art. 1.003, § 5º, c/c art. 219, *caput*, do Código de Processo Civil/2015, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo legal de quinze (15) dias úteis. Outrossim, quanto à regularidade formal, o recurso está em consonância com o disposto no art. 1.010, incisos I a IV, c/c art. 1.007, *caput*, todos do Código de Processo Civil/2015 (preparo às f. 751-753).

Prescrição

Sustenta o embargante-apelante, em síntese, que, com a demora de mais de 11 anos para a sua citação, não foi interrompida a prescrição com o protocolo da ação executiva, conforme prevê a legislação processual, operando-se assim a prescrição da pretensão executiva contra si.

A sentença rejeitou tal argumento, sob o fundamento de que, *"desde a propositura da ação de execução, a parte exequente diligenciou de modo persistente com o fim de localizar o endereço da parte executada, demonstrando interesse na demanda"*, não restando, assim, *"efetivamente demonstrada a desídia da parte embargada em cumprir as decisões judiciais e impulsionar o processo (f. 734)."*

O art. 219, do CPC/173, previa que *"a citação válida (...), ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição."*

Contudo, os §§ 2º, 3º, e 4º, do referido art. 219, eram taxativos ao prescrever que: a) *"incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar"*; b) não sendo citado o réu, *"o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias"*, e, por fim, que, ***c***) *"não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição."*

A parte final, do § 2º, do art. 219, do CPC/73, todavia, previa que o autor não poderia ficar prejudicado por eventual *"demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário."*

Nesse mesmo sentido, a Súmula nº 106/STJ prescreve que, *"proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência."* (Corte Especial, julgado em 26/05/1994, DJ 03/06/1994).

Na hipótese dos autos, de uma análise cuidadosa dos autos da Ação de Execução nº 0550239-42.2005.8.12.0041, se vê que o credor sempre diligenciou em busca do endereço de devedor-fiador, ora apelante,

o qual, em verdade, se revelou pessoa de difícil localização, haja vista as inúmeras tentativas infrutíferas de sua citação.

Consoante bem observou a sentença, *"não obstante o considerável lapso de tempo decorrido entre o despacho que ordenou a citação do embargante (22/07/2005) e a sua efetiva citação (14/09/2016), o embargado exequente requereu em diversas oportunidades a citação do embargante executado, fornecendo endereços e recolhendo as diligências necessárias, a não evidenciar qualquer desídia do credor (f. 733)"*, de modo que, *"desde a propositura da ação de execução, a parte exequente diligenciou de modo persistente com o fim de localizar o endereço da parte executada, demonstrando interesse na demanda (f. 734)."*

Assim, a demora na citação ocorreu por razões imputáveis tão somente ao devedor-apelante, não podendo, portanto, se valer de sua torpeza, para se beneficiar de eventual prescrição.

Para além disso, é preciso observar que o § 3º, do art. 204, do CC/02, prevê que a interrupção da prescrição *"produzida contra o principal devedor prejudica o fiador"*, dispositivo que se aplica à espécie em razão de se tratar o título executivo de um instrumento particular de confissão de dívida (f. 22-26, na origem).

Nesse sentido, observa-se que a devedora principal AGM Indústria e Comércio de Móveis LTDA se deu por citada ainda em novembro/2005 (f. 76, na origem), interrompendo, assim, a prescrição, nos moldes dos §§, do art. 219, do CPC/73.

Assim, por qualquer ângulo que se analise a controvérsia, conclui-se pela inocorrência de prescrição da pretensão quanto ao fiador-apelante.

Recurso não provido, neste ponto.

Benefício de ordem

Sustenta o embargante-apelante que, instrumento particular de confissão de dívida que lastreia a execução, não renunciou o benefício de ordem, devendo, assim, ser feita, primeiramente, a expropriação de bens da devedora principal, além do que já teriam sido oferecidos bens do cofiador que seriam suficientes para o adimplemento da obrigação exequenda.

A sentença, embora não tenha negado a existência do benefício de ordem em favor do fiador-apelante, concluiu que este não indicou bens da devedora principal, fato que não permitiria se valer da regra de expropriação subsidiária decorrente de tal direito.

Veja-se os fundamentos da sentença:

> *"Em relação ao mérito, propriamente dito, depreende-se do contrato objeto da execução em apenso que os fiadores não renunciaram ao benefício de ordem:*
>
> *Cláusula sexta: Assinam como fiadores e principais pagadores da presente Confissão de Dívida, Paulo Sérgio Gabas, brasileiro, casado, empresário, residente e domiciliado em domiciliado na cidade de Buri, estado de São Paulo, inscrito no CPF/MF sob nº 090.892.568-90 e Francisco Winkler Neto, brasileiro, casado, engenheiro mecânico, portador da inscrito no CPF/MF nº 138.613.606-91 , domicílio na cidade de Buri, estado de São Paulo, na Rua Coronel Licínio , nº 287 centro nos termos dos artigos 818 a 839 do Código Civil, obedecendo-se o benefício de ordem previsto nos artigos 827/829 do Código Civil.*
>
> *Supracitada cláusula afasta a responsabilidade solidária com o devedor e garante na fase executiva a expropriação, por primeiro, dos bens do devedor, nos termos do art. 827 do Código Civil Brasileiro:*
>
> *Art. 827. O fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.*

Parágrafo único. O fiador que alegar o benefício de ordem, a que se refere este artigo, deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.

Infere-se do dispositivo acima transcrito que para valer do benefício de ordem o fiador deve nomear bens do devedor principal, sendo certo ainda que a referida norma exige que os bens nomeados estejam localizados no mesmo município e estejam livres e desembaraçados.

Na hipótese dos autos, o embargante deixou de nomear bens do devedor principal.

Demais disso, referiu-se a bens móveis já oferecidos pela devedora principal (f. 107-108) e devidamente descartados pela embargada (f. 123-124), os quais, ainda, não obedeceram a ordem de preferência antevista no art. 655 do Código de Processo Civil de 1973.

Outrossim, o cofiador Francisco Winkler Neto não provou a contento que os bens por ele nomeados às f. 202-203 seriam de propriedade da devedora principal AGM (f. 369), aptos a incidir o indigitado benefício.

Anoto ainda que é descabida a tese do embargante de exigir do credor que acione, em primeiro lugar, o cofiador Francisco, para, somente então, dirigir a execução contra ele, competindo à embargada viabilizar a execução contra todos ou qualquer dos fiadores.

Daí porque não é lícito à parte embargante invocar a proteção do benefício de ordem insculpido no Estatuto Processual Civil." (f. 734-735)

O art. 827, do CC/02, prevê que o fiador demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir, até a contestação da lide, que sejam primeiro executados os bens do devedor.

Ainda, o parágrafo único, do mesmo dispositivo, estabelece que o fiador que alegar o benefício de ordem deve nomear bens do devedor, sitos no mesmo município, livres e desembargados, quantos bastem para solver o débito.

De fato, compulsando-se os autos, verifica-se que o fiador-apelante não nomeou bens da devedora principal, e, ademais, apenas referiu-se a bens que foram indicados por esta no início da lide, mas que não foram aceitos pela credora-apelada, ante a alegada inobservância da ordem legal do então vigente art. 655, do CPC/73, recusa esta que foi aceita pelo juízo.

Atualmente, a execução encontra-se garantida pela penhora de bens do cofiador Francisco Winkler Neto, o qual também não provou a contento que os bens por ele indicados seriam de propriedade da devedora principal AGM Indústria e Comércio de Móveis LTDA, de forma a assim se valer do direito previsto no art. 827, do CC/02.

Assim, seja para o fiador-apelante, seja para o cofiador, a sentença não negou a existência do benefício de ordem, tampouco considerou ter havido sua renúncia no título executivo; ao contrário, apenas considerou não ter havido as contrapartidas necessárias ao seu exercício, conforme prevê a legislação civil, no que, a propósito, tem razão a sentença, pois não houve indicação efetiva, pelo fiador-apelante, de bens passíveis de penhora de propriedade da devedora principal.

Portanto, também neste ponto, não merece a reforma a sentença.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Paulo Sérgio Gabas mas nego-lhe provimento.

Nos termos do § 11, do art. 85, do CPC/15, considerando a manutenção da sentença (dupla conforme), bem como, o trabalho adicional realizado (*v.g.*, f. 756-769), majoro os honorários de sucumbência para R$ 2.000,00, *ex vi* o disposto no § 2º do referido dispositivo legal.

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. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 23 de abril de 2020.

***

4ª Seção Cível
Relator designado Des. Sideni Soncini Pimentel
Ação Rescisória nº 1408025-46.2019.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – AÇÃO ANULATÓRIA – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – DESLIGAMENTO DO SERVIÇO PÚBLICO POSTERIORMENTE AO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À APOSENTADORIA – DIREITO ADQUIRIDO – RELAÇÕES JURÍDICAS DISTINTAS (ESTATUTÁRIA E PREVIDENCIÁRIA) – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

A cassação de aposentadoria remonta a tempos distantes, em que o servidor fazia jus aos proventos de aposentadoria como um direito decorrente do fato de exercer função pública por certo tempo e independentemente de contribuição. Após as Emendas Constitucionais nº 3/93 e 20/98 o regime previdenciário dos servidores passou a ter caráter contributivo e atuarial, equiparando-se ao regime geral de previdência. Se o direito à aposentadoria do servidor público (civil ou militar) é idêntico (ou tende a ser) ao do trabalhador privado, é possível estabelecer paralelo entre eles. O servidor demitido do serviço público, a exemplo do trabalhador demitido por justa causa, depois de alcançar os requisitos para a concessão de aposentadoria, poderá requerer sua concessão independentemente do desligamento.

A ausência de vínculo com a Administração Pública não impede a concessão do benefício de aposentadoria, nos termos do art. 102, § 1º, da Lei 8.213/90 *"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."*

A relação jurídica previdenciária, como qualquer outro negócio jurídico, não pode ser impactada pela cessação do vínculo estatutário, tendo em vista o princípio atuarial a que se submete, sendo inarredavelmente devida a contraprestação depois de regulamente cumprida a prestação (contribuição). O entendimento sedimentado no Verbete nº 673, do STF alude especificamente sobre a possibilidade de perda da graduação de militar, não ao benefício previdenciário.

A condenação imposta, portanto, deve restringir-se à perda do posto e da patente, o que implica em exclusão do apelante da reserva remunerada, permanecendo incólume, o benefício previdenciário concedido. 5. Procedência do pleito rescisório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por maioria, julgaram procedente a ação rescisória, nos termos do voto do Des. Sideni, vencido o relator que julgava improcedente. Ausente, justificadamente, o Des. Fernando Mauro. Julgamento em conformidade com o artigo 942 do CPC.

Campo Grande, 3 de fevereiro de 2020.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Gilmar de Oliveira ajuíza ação rescisória contra o acórdão proferido no Processo n. 0834125-26.2015.8.12.0001, ação declaratória de nulidade ajuizada contra o Estado de Mato Grosso do Sul, réu na presente ação.

Em 28 de setembro de 2015 o autor ajuizou ação ordinária, com a finalidade de anular o ato administrativo que o excluiu das fileiras da PMMS, por acreditar houve desacerto na decisão proferida no processo administrativo disciplinar, que atingiu seus proventos de inatividade decorrentes de reforma por incapacidade física permanente.

Busca o autor o restabelecimento da percepção de seus proventos de inatividade, o que embasa no art. 5º, incisos XXXV e XXXVI, da Constituição Federal, que dispõem que *"a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"* e que *"a Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."*

Acredita que a inatividade remunerada é direito que lhe assiste pelos anos de contribuição previdenciária decorrentes dos serviços prestados ao Estado, motivo pelo qual sustenta que o recebimento de seus proventos seria intocável, tratando-se de direito adquirido.

Considera o autor que uma vez que já havia passado para a inatividade, não estando mais em exercício, não pode ser afetado pela condenação imposta no processo administrativo disciplinar, tecendo considerações inclusive sobre princípio da dignidade da pessoa humana.

Salienta que seus proventos de inatividade eram recebidos previamente à exclusão, motivo pelo qual a cassação da aposentadoria, em seu sentir, implica em violação constitucional, o que decorreria do fato de ter servido à PMMS durante anos, tempo no qual recolheu mensalmente a contribuição previdenciária para a AGEPREV, sendo a aposentadoria deferida por decreto governamental.

Contudo, o Comandante-Geral da PMMS, através de Portaria, o excluiu da inatividade em razão de Conselho de Disciplina, ato que considera abusivo, em especial porque culminou na sustação da percepção de seus proventos de inatividade, quando a decisão administrativa sequer trata sobre a perda da remuneração.

Aduz que na data da exclusão do efetivo da PMMS já se tratava o autor de inativo reformado, razão pela qual considera que possui direito adquirido à percepção dos proventos de aposentadoria.

Requer procedência do pedido, para que o acórdão rescindendo seja cassado e, via de consequência, seja anulado todo e qualquer ato administrativo que determinou a perda dos proventos de aposentadoria do autor, já que a sanção administrativa que lhe foi imposta estabelece apenas a exclusão da Polícia Militar.

Às f. 113-116 o pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi indeferido; contestação às f. 121-133; impugnação à contestação às f. 135-142.

VOTO (EM 21/10/2019)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Gilmar de Oliveira ajuíza ação rescisória contra o acórdão proferido no Processo n. 0834125-26.2015.8.12.0001, ação declaratória de nulidade ajuizada contra o Estado de Mato Grosso do Sul, réu na presente ação.

Em 28 de setembro de 2015 o autor ajuizou ação ordinária, com a finalidade de anular o ato administrativo que o excluiu das fileiras da PMMS, por acreditar houve desacerto na decisão proferida no processo administrativo disciplinar, que atingiu seus proventos de inatividade decorrentes de reforma por incapacidade física permanente.

Busca o autor o restabelecimento da percepção de seus proventos de inatividade, o que embasa no art. 5º, incisos XXXV e XXXVI, da Constituição Federal, que dispõem que *"a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"* e que *"a Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."*

Acredita que a inatividade remunerada é direito que lhe assiste pelos anos de contribuição previdenciária decorrentes dos serviços prestados ao Estado, motivo pelo qual sustenta que o recebimento de seus proventos seria intocável, tratando-se de direito adquirido.

Considera o autor que uma vez que já havia passado para a inatividade, não estando mais em exercício, não pode ser afetado pela condenação imposta no processo administrativo disciplinar, tecendo considerações inclusive sobre princípio da dignidade da pessoa humana.

Salienta que seus proventos de inatividade eram recebidos previamente à exclusão, motivo pelo qual a cassação da aposentadoria, em seu sentir, implica em violação constitucional, o que decorreria do fato de ter servido à PMMS durante anos, tempo no qual recolheu mensalmente a contribuição previdenciária para a AGEPREV, sendo a aposentadoria deferida por decreto governamental.

Contudo, o Comandante-Geral da PMMS, através de Portaria, o excluiu da inatividade em razão de Conselho de Disciplina, ato que considera abusivo, em especial porque culminou na sustação da percepção de seus proventos de inatividade, quando a decisão administrativa sequer trata sobre a perda da remuneração.

Aduz que na data da exclusão do efetivo da PMMS já se tratava o autor de inativo reformado, razão pela qual considera que possui direito adquirido à percepção dos proventos de aposentadoria.

Requer procedência do pedido, para que o acórdão rescindendo seja cassado e, via de consequência, seja anulado todo e qualquer ato administrativo que determinou a perda dos proventos de aposentadoria do autor, já que a sanção administrativa que lhe foi imposta estabelece apenas a exclusão da Polícia Militar.

Às f. 113-116 o pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi indeferido; contestação às f. 121-133; impugnação à contestação às f. 135-142.

Mérito

Busca o autor rescindir o acórdão proferido no Processo n. 0834125-26.2015.8.12.0001, com fundamento no art. 966, incisos V e VIII e § 3º, Código de Processo Civil.

Analisemos as hipóteses de forma pormenorizada.

O artigo 966, V, CPC, dispõe que *"a decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...); V – violar manifestamente norma jurídica." Normas jurídicas, como é cediço, são aquelas que "(...) prescrevem aos indivíduos certas regras de conduta que devem ser obedecidas*[1]*."*

O atual Código de Processo Civil, ao prever a possibilidade de ajuizamento da ação rescisória por violação manifesta à norma jurídica, alterando a disposição do seu antecessor (CPC/1973), que a autorizava em caso de violação literal à disposição de lei, pretendeu fortalecer a observância dos precedentes judiciais e, consequentemente, a segurança jurídica. A corroborar tal afirmação, temos a redação do seu artigo 926, que estabelece que *"os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente."*

Mais a frente, nos incisos do artigo 927, o Código de Processo Civil prevê que

> *"os juízes e tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das*

1 Nunes, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**: com exercícios para sala de aula e lições de casa. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 68.

súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados."

In casu, o ponto controvertido estabelecido no acórdão rescindendo se refere a suposta ofensa a direito adquirido quando houve a cassação da aposentadoria do autor, por força de decisão proferida em processo administrativo disciplinar que culminou em sua exclusão das fileiras da PMMS.

Entretanto, o STF já se posicionou no sentido de que a pena de cassação de aposentadoria por força em condenação em processo administrativo disciplinar é constitucional, apesar do caráter contributivo do benefício previdenciário:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO – 2. DIREITO ADMINISTRATIVO – 3.* ***SERVIDOR PÚBLICO – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – PENALIDADE DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA – CONSTITUCIONALIDADE DA PREVISÃO LEGAL DE PERDA DO DIREITO COMO SANÇÃO DISCIPLINAR, APESAR DO CARÁTER PREVIDENCIÁRIO DA VERBA*** *– PRECEDENTES – 4. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE – 5. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS CAPAZES DE INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA – 6. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM 10%."* (STF; RE-AgR 1.163.747; Rel. Min. Gilmar Mendes; DJE 14/06/2019). (G.n.)

E no STJ:

> *"ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – PROCESSO DISCIPLINAR – CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA – CONSTITUCIONALIDADE. 1.* ***É firme o entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal e deste de que é constitucional a pena de cassação de aposentadoria, não obstante o caráter contributivo de que se reveste o benefício previdenciário****. Precedentes. 2. Agravo interno desprovido."* (STJ; AgInt-RMS 51.928; Proc. 2016/0232771-7; RJ; Primeira Turma; Rel. Min. Gurgel de Faria; Julg. 24/06/2019; DJE 27/06/2019). (G.n.)

Os Tribunais pátrios, seguindo esta orientação, tem admitido a cassação da aposentadoria quando o ato que culminou na exclusão das fileiras da Polícia Militar foi praticado durante a atividade. Confira-se:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO DISCIPLINAR –* ***NÃO DEMONSTRAÇÃO DA ILEGALIDADE OU NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – PROBABILIDADE DO DIREITO AUTORAL NÃO VERIFICADA*** *– MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE INDEFERIU A MEDIDA LIMINAR PLEITEADA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (...) 3.* ***Como as condutas que culminaram na exclusão do requerente foram praticadas quando esse ainda era absolutamente capaz, na atividade (em 2005), é plenamente aplicável a pena de cassação de aposentadoria, descabendo, portanto, o restabelecimento do benefício pretendido, o que permite concluir pela ausência de probabilidade do direito autoral, requisito necessário a concessão da medida liminar pleiteada na origem****. 4. Recurso conhecido e improvido."* (TJES; AI 0023777-16.2018.8.08.0024; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Fernando Estevam Bravin Ruy; Julg. 07/05/2019; DJES 16/05/2019). (G.n.)

> *"No caso concreto,* ***o autor apelado, já na condição de inativo por ter sido reformado, respondeu a processo administrativo disciplinar que culminou na sua exclusão, a bem da disciplina, da corporação da polícia militar do estado do rio de janeiro, com o cancelamento de seus proventos****. (...) 2.* ***Como a hierarquia e os deveres funcionais não são suprimidos com a passagem para a reserva remunerada, o policial militar inativo continua submetido às normas disciplinares do órgão a que pertenceu quando da ativa****, no caso, a Lei Estadual nº 443/1981 (estatuto dos policiais civis do estado do rio de janeiro), que embasou o ato administrativo que excluiu o autor da corporação. Com razão o ente público apelante, pois analisando os documentos juntados aos autos, bem como a legislação pertinente, constata-*

se que o d. Magistrado de primeiro grau pecou ao decidir de forma a se distanciar da Lei e da jurisprudência majoritária deste Eg. TJRJ e do Eg. STJ, no sentido de que ***se as faltas praticadas por militar quando na ativa, posteriormente na inatividade, forem devidamente apuradas em regular processo administrativo, não há óbice legal para a conversão da pena de exclusão em cassação de reserva remunerada****. 4 -* ***O Eg. STF já pacificou entendimento a respeito da possibilidade da imposição da penalidade de cassação de aposentadoria ao servidor público militar, independente do caráter contributivo da previdência social****. (...) Precedentes do Eg. STJ. Recurso a que se dá provimento."* (TJRJ; APL 0104039-16.2018.8.19.0001; Rio de Janeiro; Décima Sétima Câmara Cível; Relª Desª Marcia Ferreira Alvarenga; DORJ 05/04/2019; Pág. 463). (G.n.)

Pelos julgados acima, inclusive do STF e do STJ, é possível concluir que não houve qualquer violação à norma jurídica na hipótese *sub judice*, razão pela qual fica rejeitada a possibilidade de rescisão do julgado com base neste fundamento.

Passemos, agora, à análise do outro inciso do mencionado art. 966 utilizado pelo autor como fundamento para rescisão do contrato.

O artigo 966, VIII, CPC, dispõe que *"a decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...); VIII – for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos."*

Pois bem. O erro de fato, apto a desconstituir a coisa julgada, é aquele que resulta da declaração de existência de um fato inexistente ou da declaração de inexistência daquele que ocorreu, por defeito de percepção do julgador, acrescido à exigência de que não tenha havido controvérsia judicial sobre o fato em questão, a teor do § 1º do art. 966, CPC.

Desse modo, o erro de fato capaz de rescindir a sentença/acórdão é aquele decorrente de omissão ou grosseria quanto a análise da prova produzida, e não aquele decorrente de acerto ou desacerto do julgado, atinente à livre convicção do juiz.

A propósito a lição de Daniel Amorim Assumpção Neves[2]:

"Dispõe o art. 966, § 1º, do Novo CPC que se verifica erro de fato quando a decisão rescindenda admite um fato inexistente ou quando considera um fato inexistente efetivamente ocorrido. Essa equivocada percepção a respeito de um fato enseja ação rescisória, registrando-se que o mero equívoco a respeito da qualificação jurídica de um fato não está abrangido pelo art. 966, VIII do Novo CPC.

Para que seja admitida a ação rescisória com fundamento no dispositivo legal ora analisado, é necessário o preenchimento de quatro requisito:

(a) O erro de fato deve ser fundamento essencial da sentença, ou seja, não fosse o erro de fato, a decisão teria sido em outro sentido;

(b) A apuração do equívoco factual deve ser realizada com as provas produzidas no processo originário, de forma que a produção de prova na própria ação rescisória nesse caso é proibida 53;

(c) o fato não pode representar ponto controvertido (questão) no processo originário, ou porque as partes não alegaram e caberia ao juiz conhecê-los de ofício, ou porque houve confissão de uma parte ou ainda porque a parte contrária se absteve de impugnar a alegação de fato;

(d) Inexistência de pronunciamento judicial a respeito do fato, entendendo-se que a má apreciação de prova não gera ação rescisória."

Este Tribunal, ao se pronunciar sobre o erro de fato, produziu acórdão com a seguinte ementa:

2 **Direito processual civil**: vol. único. 9. ed. JusPodivm, 2017. p. 1477.

"AÇÃO RESCISÓRIA – PRELIMINAR – FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL – TEORIA DA ASSERÇÃO – REJEITADA – MÉRITO – ALEGAÇÕES QUE NÃO SE ENCAIXAM ÀS HIPÓTESES DE RESCINDIBILIDADE – ARTIGO 966, INCISO III, DO CPC/2015 – ATUAÇÃO PROCESSUAL DOLOSA – INOCORRÊNCIA – PROCESSO QUE TRAMITOU CONFORME OS DITAMES LEGAIS – ARTIGO 966, INCISO VIII E § 1.º, DO CPC/2015 – ERRO DE FATO NÃO EVIDENCIADO – UTILIZAÇÃO DA AÇÃO RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL – IMPOSSIBILIDADE – AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE. Consoante a Teoria da Asserção, as condições da ação devem ser analisadas de acordo com o que é asseverado na petição inicial, deixando o exame das questões de mérito para o julgamento final. A ação rescisória é meio processual destinado a atacar decisões de mérito transitada em julgado, quando presentes as hipóteses elencadas no artigo 966, do CPC/2015. O dolo, a coação e a colusão a que se refere o inciso III do artigo 966 do CPC/2015 são aqueles relacionados à atuação processual das partes. Se o processo transcorreu dentro dos ditames legais, não há que se falar em atuação processual dolosa a autorizar a rescisão do julgado. ***O erro de fato que autoriza a ação rescisória é o que se verifica quando a decisão leva em consideração fato inexistente nos autos ou desconsidera fato inconteste no feito, situação não visualizada no presente caso.*** *É incabível a utilização da ação rescisória como sucedâneo de recurso, tendo em vista seu caráter excepcionalíssimo. Precedentes."* (TJMS. Ação Rescisória n. 1412255-05.2017.8.12.0000, 3ª Seção Cível, Rel. Des. Eduardo Machado Rocha, j: 16/07/2018, p: 17/07/2018). (G.n.)

Na hipótese não se caracteriza o erro de fato, já que a questão trazida na presente ação rescisória foi objeto de controvérsia e discussão exaustiva durante a fase de conhecimento, na sentença e no acórdão que se pretende rescindir.

Ao julgar improcedente a pretensão do autor, que requereu a declaração de nulidade da decisão administrativa disciplinar que determinou sua exclusão, a bem da disciplina, das fileiras da Polícia Militar deste Estado (PM/MS), com sua reintegração à Corporação, o juízo da vara da Justiça Militar Estadual fundamentou que:

"Pois bem. Alega o autor que a administração militar violou o princípio da oficialidade, da ampla defesa e do devido processo legal, ao deixar de dar o impulso necessário aos pedidos de revisão da decisão administrativa disciplinar que culminou com o ato de exclusão do autor, em busca da verdade material.

No caso em apreço, não há que se falar em cerceamento de defesa, tampouco em violação ao devido processo legal e ao princípio da oficialidade, à vista de que a defesa técnica foi amplamente produzida durante o referido procedimento administrativo disciplinar o que, sobremaneira, afasta a incidência de ofensa ao disposto no art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal de 1988.

Da análise das cópias dos procedimentos administrativos, que acompanharam a peça inicial, verifica-se que os mesmos, observaram todos os princípios e garantias constitucionais que regem à administração, não constatado qualquer violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da legalidade, da impessoalidade e da moralidade.

Ademais, nos termos do art. 14, parágrafo único, do Decreto Estadual n. 1.261, de, 02/10/1981, que regulamenta o Conselho de Disciplina, o autor tinha o prazo de dez dias para interpor recurso administrativo contra a decisão do Comandante Geral da PMMS que aplicou a sanção administrativa impugnada, senão vejamos:

'Art. 14 - O acusado ou, no caso de revelia, o oficial que acompanhou o processo, pode interpor recurso da decisão do Conselho de Disciplina ou da solução posterior do Comandante-Geral da Corporação.

Parágrafo único - O prazo, para interposição de recurso, e de 10(dez) dias, contados da data na qual o acusado tem ciência da decisão do Conselho de Disciplina, ou da publicação da solução do Comandante-Geral da Corporação'.

Contudo, o autor não interpôs recurso administrativo contra a referida decisão, optando por impetrar ação mandamental contra tal ato.

Dessa forma, evidente que os pedidos de revisão apresentados somente no ano de 2012 e no ano 2015, e que sequer são previstos na legislação de regência (Decreto Estadual n. 1.261/81), são intempestivos, o que inviabiliza a sua apreciação pela administração.

Ressalta-se, por oportuno, que, salvo as hipóteses de abuso ou excesso de poder, é vedado ao Poder Judiciário imiscuir-se na esfera do poder disciplinar da autoridade administrativa, como pretende o autor.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que:

'A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade'. (Direito administrativo. 15. ed. Atlas, 2003. p. 211).

Cumpre registrar, ainda, que a competência do Judiciário para controle de ato administrativo resume-se tão somente ao controle de legalidade, decorrente do preceito constitucional insculpido no art. 5º, XXXV (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo. 16. ed. RT. p. 185).

(...)

Sendo assim, ante os argumentos retromencionados, conclui-se que inexiste ofensa aos princípios da oficialidade, da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal, da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, porquanto o ato administrativo observou rigorosamente o mandamento legal.

Por fim, com relação à alegação de que o julgamento proferido pelo Conselho de Disciplina – que culminou na exclusão do autor dos quadros da PM-MS – ocorreu em sessão secreta, o que afrontou aos primados da publicidade, do devido processo legal, da ampla defesa e contraditório gerando, nesse ponto, a nulidade deste ato, não assiste razão ao autor visto que – diferente do que alega – o procedimento adotado pelo Conselho de Disciplina seguiu estritamente o que determina o Decreto 1.261/81 e a Lei Complementar 53/90 e, o ato especificamente atacado, qual seja, a prolação do julgamento em sessão secreta, está expressamente disposto no § 1º do artigo 9º do Decreto 1.261/90, in verbis:

'Art. 9º - Ao acusado é assegurada ampla defesa, tendo ele, após o interrogatório, prazo de 5 (cinco) dias para oferecer suas razões por escrito, devendo o Conselho de Disciplina fornecer-lhe o libelo acusatório, onde se contenham, com minúcias, o relato dos fatos e a descrição dos atos que lhe são imputados.

§ 1º- O acusado deve estar presente a todas as sessões do Conselho de Disciplina, exceto à sessão secreta de deliberação do relatório'.

No presente feito, o Conselho de Disciplina não foi conduzido sem a presença de advogado, sendo certo que a ausência somente ocorreu na elaboração do relatório, nos termos do que preceitua o já citado art. 9º, § 1º, do Decreto nº 1.261/81.

O objetivo do decreto acima descrito com a sessão secreta, é o de preservar a imparcialidade dos membros do Conselho, porquanto o notório corporativismo existente na Polícia Militar poderia influir com extrema eficácia na elaboração do relatório do Conselho de Disciplina de alguns militares, acaso fosse a sessão realizada em sua presença.

Não é demais ressaltar que a jurisprudência sedimentada no STJ e no STF é no sentido de que 'a nulidade do processo administrativo disciplinar é declarável quando restar evidente a ocorrência de prejuízo à defesa do servidor acusado, observando-se o princípio

pas de nullité sans grief', sendo certo que, compulsando os autos do Conselho de Disciplina, verifica-se que não houve nenhum prejuízo para o requerente.

Logo, analisando-se todos os documentos carreados aos autos, verifica-se que durante o andamento do processo disciplinar foram observadas todas as normas e regulamentos previstos em legislação específica, em procedimento apuratório do Conselho de Disciplina, e, que, ainda, o autor teve acesso a todos os atos deste procedimento que culminou na sua exclusão a bem da disciplina.

Ademais, urge consignar que a questão envolvendo a sessão secreta tem previsão e guarda equivalência com o art. 434 do Código de Processo Penal Militar, verbis:

'Art. 434. Concluídos os debates e decidida qualquer questão de ordem levantada pelas partes, o Conselho de Justiça passará a deliberar em sessão secreta, podendo qualquer dos juízes militares pedir ao auditor esclarecimentos sobre questões de direito que se relacionem com o fato sujeito a julgamento'.

Ressalta-se, por oportuno, que não há se falar em cerceamento de defesa à vista de que a defesa técnica foi amplamente produzida durante o referido procedimento disciplinar o que, sobremaneira, afasta a incidência de ofensa ao disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988.

No caso em apreço, portanto, não vislumbro a relevância do fundamento que escora o pedido do autor, porquanto a sessão secreta não se mostra teratológica ou flagrantemente ilegal a ponto de ensejar a sua nulidade, relevando-se, pois, plenamente cabível diante da legislação específica expressamente determinar que se proceda dessa forma, na medida em que proferida nos limites do artigo 9º, § 1º, do Decreto n. 1.261, de 08 de outubro de 1981. (...)." (f. 283-291, Processo n. 0834125-26.2015.8.12.0001).

Já a 1ª Câmara Cível, ao julgar a apelação interposta pelo autor, negou provimento ao recurso, com o seguinte fundamento:

"Com efeito, no caso em tela, por tratar-se de processo administrativo disciplinar, tão somente cabe a este órgão julgador a aferição da legalidade e legitimidade do procedimento, sendo vedado adentrar no mérito da punição aplicada ao servidor.

Ora, a impossibilidade de analisar o mérito da punição submete-se aos critérios de oportunidade e conveniência, não sendo possível imiscuir-se no que pertine à existência ou não de causa legítima para a aplicação da penalidade, bem como não há como verificar se a sanção respeitou ou não os princípios da proporcionalidade ou razoabilidade.

Destarte, a intervenção judicial deve limitar-se à análise das formalidades legais e em saber se a autoridade processante possuía ou não poderes para a aplicação da referida punição.

No caso dos autos, inexiste ilegalidade a ser censurada no desenrolar da sessão secreta de julgamento contida na Portaria n. 1313/DP-1/DP/PMMS de 27.9.2007, posteriormente anulada pela Portaria 'P' 386/DP-1/DP/PMMS, de 30.4.2008, que impôs ao requerente a pena de exclusão das fileiras da polícia militar deste Estado, muito ao contrário, pois o que se verifica é que o mesmo obedeceu aos preceitos legais, porquanto foram assegurados os direitos ao contraditório e à ampla defesa.

Nesse mesmo sentido, aliás, tive oportunidade de participar de julgamento de caso semelhante:

'EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA POLICIAL MILITAR REFORMADO POR MOTIVO DE DOENÇA – EXCLUSÃO DAS FILEIRAS DA PM – ATO DA REFORMA REVOGADO EX OFFICIO – LEGALIDADE DO ATO – PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE ASSEGUROU OS DIREITOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA

DEFESA – RECURSO NÃO PROVIDO. Não há óbice em excluir-se a bem da disciplina o policial militar reformado se o processo administrativo disciplinar assegurou-lhe os direitos ao contraditório e à ampla defesa. Não incide, no caso, a Súmula 56 do STF'.

Desta feita, ressalte-se que o pedido de nulidade do ato administrativo com fundamento na ocorrência de fato novo não comporta procedência, pois é cediço que em sede de processo administrativo disciplinar cabe ao judiciário tão somente a aferição da legalidade legitimidade do procedimento, sendo-lhe vedado adentrar no mérito da punição.

Isso porque cabia ao apelante ter solicitado a oitiva do Major Claudemir Melo Rodrigues quando do pedido de revisão do processo administrativo disciplinar, pois é evidente que a mera declaração por escrito de pessoa que poderia servir de prova não é suficiente para comprovar o alegado fato novo, o que não ocorreu, conforme se verifica à f. 191 dos autos. Com isso, o argumento do apelante de que não lhe foi garantido o contraditório e a ampla defesa no pedido de revisão do processo administrativo disciplinar, após a notícia de fato novo, não merece guarida, pois deixou de requerer a produção de prova, o que ensejou a aplicação da pena de exclusão das fileiras da polícia militar.

Por conseguinte, insurge-se o apelante quanto ao entendimento adotado na sentença recorrida no tocante à legalidade da sessão secreta de julgamento, sob o fundamento de que não foi oportunizada a sua presença, tampouco a de seu advogado.

Por sua vez, verifica-se que a instauração do Conselho Administrativo foi realizada para analisar se o apelante estaria ou não moralmente capaz de permanecer nas fileiras da Polícia Militar.

Assim, em obediência aos princípios da ampla defesa e do contraditório, o apelante requereu a revisão do ato administrativo e do processo administrativo disciplinar, conforme se constata respectivamente às f. 109-156 e 158-191, tudo através de advogado.

Portanto, verifica-se que o Conselho de Disciplina agiu em conformidade com dispositivo expresso em lei, ao realizar a sessão secreta de deliberação do relatório, respeitada a ampla defesa e o contraditório.

Aliás, assim dispõe o § 1º do artigo 9º do Decreto n. 1.261, de 02 de outubro de 1981, sobre a sessão secreta de deliberação do relatório:

'Art. 9.º - Ao acusado é assegurada ampla defesa, tendo ele, após o interrogatório, prazo de 5 (cinco) dias para oferecer suas razões por escrito, devendo o Conselho de Disciplina fornece-lhe o libelo acusatório, onde se contenham, com minúcias, o relato dos fatos e a descrição dos atos que lhe são imputados.

§ 1.º O acusado deve estar presente a todas as sessões do Conselho de Disciplina, exceto a sessão secreta de deliberação do relatório'.

Portanto, é prescindível que a sessão realizada pelo Conselho de Disciplina deve ser realizada com a presença do acusado e do seu defensor, visto que a norma que disciplina referida questão não deixa dúvidas quanto ao seu procedimento.

A propósito, o artigo 12 do Decreto n.º 1.261/81 prevê como a sessão deve ser realizada:

'Art. 12 - Realizadas todas as diligencias, o Conselho de Disciplina passa a deliberar, em sessão secreta, sobre o relatório a ser redigido.1º - O relatório, elaborado pelo escrivão e assinado por todos os membros do Conselho de Disciplina, deve decidir se a praça: a) é, ou não, culpada da acusação que lhe foi feita; oub) no caso do inciso III do artigo 2º, levados em consideração os preceitos de aplicação da pena previstos no Código Penal Militar, esta ou não incapaz de permanecer na ativa ou na situação em que se encontra na inatividade. 2º - A decisão do Conselho de Disciplina e tomada por maioria de votos de seus membros.3º

- Quando houver voto vencido, e facultada sua justificação por escrito.4º - Elaborado o relatório, com termo de encerramento, o Conselho de Disciplina remete o processo ao Comandante-Geral da Corporação'.

Portanto, verifica-se que o apelante, mesmo sendo representado no Processo Administrativo Disciplinar por profissional apto para tanto, não poderia permanecer na sessão de deliberação do relatório, consoante determinação de dispositivo expresso em lei.

Conforme supracitado, verifica-se que a defesa do apelante foi fartamente produzida em etapas anteriores, o que não caracteriza ofensa ao inciso LV do artigo 5.º da Constituição Federal.

Afora a jurisprudência, impende registrar que a legislação castrense é expressa em determinar a possibilidade de milicianos serem submetidos a Conselho de Disciplina, sendo a instauração e a decisão final atos de competência do ComandanteGeral, conforme se extrai da Lei Complementar Estadual nº 53 de 1990 (LCE n. 53/90), sendo oportuno citar em especial os seguintes dispositivos:

'Art. 46 - Os Aspirantes-a-Oficial PM e as Praças com estabilidade assegurada, presumivelmente incapazes de permanecerem como policiaismilitares da ativa, serão submetidos ao Conselho de Disciplina na forma da legislação peculiar.

§ 1°. Compete ao Comandante-Geral da Polícia Militar julgar em última instância administrativa, os processos oriundos do Conselho de Disciplina convocados no âmbito da Corporação.

Art. 114 - É da competência do Comandante-Geral da Polícia Militar o ato de exclusão, a bem da disciplina, do Aspirante-a-Oficial PM, bem como da Praça.

Art. 115 - O Policial Militar com estabilidade assegurada para ter perdida a sua graduação, será, obrigatoriamente, submetido a Conselho de Disciplina'.

Assim, como afirmado, não merece censura a sentença que julgou improcedente a presente ação, devendo a mesma, portanto, ser mantida integralmente pelos seus próprios fundamentos.

Diante do exposto, nego provimento ao recurso interposto, mantendo intacta a sentença de origem." (f. 402-410, Processo n. 0834125-26.2015.8.12.0001).

Percebe-se que tanto o juízo singular quanto a 1ª Câmara Cível analisaram o conjunto probatório constante dos autos e concluíram que não eram suficientes para justificar a procedência da pretensão do autor.

Logo, igualmente impertinente o ajuizamento da rescisória com fulcro no art. 966, VIII, CPC, visto que para a caracterização do erro de fato, sobre ele não pode ter havido controvérsia entre as partes e sobre ele não pode ter havido pronunciamento judicial, sob pena de incorrer em mera reavaliação de provas e fatos, sendo vedado o seu exercício como sucedâneo de recurso, objetivando o autor o reexame da matéria tão-somente pelo fato de ter ocorrido julgamento contrário aos seus interesses, como se constata no caso em tela.

Deste modo, a inconformidade com a interpretação emprestada pelo acórdão rescindendo não pode constituir fundamento da ação rescisória, pois a suposta injustiça da decisão não autoriza o juízo rescisório, além de implicar o reexame do conjunto fático-probatório, o que igualmente não se admite na presente via eleita.

Nesse sentido, dentre inúmeros outros, destaca-se o seguinte precedente deste Tribunal, *in verbis*:

"AÇÃO RESCISÓRIA – IMPUGNAÇÃO AO DEFERIMENTO DA JUSTIÇA GRATUITA OFERTADA EM CONTESTAÇÃO – INDEFERIDA – AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE – SENTENÇA RESCINDENDA – ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 205 DO CC – INOCORRÊNCIA – AÇÃO IMPROCEDENTE. De ser rejeitada a impugnação ao deferimento da justiça gratuita ao autor

quando não comprovado que o beneficiário disponha de condições financeiras para arcar com as despesas processuais. ***A ação rescisória não pode ser concebida como sucedâneo recursal, com a finalidade de reapreciação do objeto da ação ou má interpretação dos fatos, reexame ou complementação de provas produzidas. É restrita às hipóteses de cabimento insertas nos incisos e no § 2º do art. 966 do Novo Código de Processo Civil.*** *Hipótese em que não se verifica manifesta violação ao art. 205 do CC, pois inocorrente a alegada prescrição."* (TJMS. Ação Rescisória n. 1406506-07.2017.8.12.0000, Dourados, 1ª Seção Cível, Rel. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j: 05/02/2018, p: 08/02/2018). (G.n.)

Portanto, a ação rescisória é via excepcional que não pode ser utilizada como sucedâneo recursal para rediscussão daquilo que foi exaustivamente decidido.

Improcedente, portanto, a pretensão de rescisão do acórdão proferido pela 2ª Câmara Cível deste Tribunal nos autos da Apelação nº 0035270-92.2011.8.12.0001.

Posto isso, julgo improcedente a pretensão formulada nesta ação rescisória e declaro o processo extinto com resolução de mérito. Deixo de aplicar o disposto no artigo 974, parágrafo único, CPC[3], porquanto dispensado o autor do depósito prévio.

Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais). Suspensa, contudo, a exigibilidade da verba, por litigar sob o pálio da gratuidade da justiça, salvo prova em contrário a ser feita na fase de cumprimento da sentença.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista antecipada do Des. Sideni, após o relator julgar improcedente a ação. Os demais aguardam.

VOTO VISTA (EM 25/11/2019)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (3º Vogal)

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

Cuida-se de ação rescisória ajuizada por Gilmar de Oliveira contra o Estado de Mato Grosso do Sul, buscando o desfazimento da coisa julgada que recai sobre decisão proferida nos autos da Ação Anulatória em que litigaram (0834125-26.2015.8.12.0001). Referida ação tinha por objeto ato do Comandante-Geral da PMMS, excluindo-o da corporação militar. Sustenta o autor, em brevíssima síntese, que já se encontrava no gozo de benefícios previdenciário, direito adquirido após o cumprimento dos requisitos previstos em lei, motivo pelo qual o ato de exclusão seria incompatível com art. 5º, incisos XXXV e XXXVI, da Constituição Federal.

O ilustre Relator, Des. Luiz Tadeu Barbosa da Silva, votou pela improcedência do pleito inicial, considerando especialmente orientação jurisprudencial dos tribunais superiores, admitindo a pena de cassação de aposentadoria.

Bem examinados os autos, entendo que a lide merece solução diversa.

É fato incontroverso nos autos que o autor atendeu aos requisitos legais necessários à concessão de benefício previdenciário. Segundo o requerido, com a aplicação da sanção de perda da graduação de militar, o servidor perde a condição de segurado e, consequentemente, o direito à aposentadoria. *Data venia* aos que se posicionam de maneira diversa, o raciocínio não se sustenta.

Com efeito, a cassação de aposentadoria remonta a tempos distantes, em que o servidor fazia jus aos proventos de aposentadoria como um direito decorrente do fato de exercer função pública por certo tempo e

3 Art. 974. (...)
Parágrafo único. Considerando, por unanimidade, inadmissível ou improcedente o pedido, o tribunal determinará a reversão, em favor do réu, da importância do depósito, sem prejuízo do disposto no § 2º do art. 82.

independentemente de contribuição. Após as Emendas Constitucionais nº 3/93 e 20/98 o regime previdenciário dos servidores passou a ter caráter contributivo, equiparando-se ao regime geral de previdência.

Com efeito, se o direito à aposentadoria do servidor público é idêntico (ou tende a ser) ao do trabalhador privado, é possível estabelecer paralelo entre eles. O servidor demitido do serviço público, a exemplo do trabalhador demitido por justa causa, depois de alcançar os requisitos para a concessão de aposentadoria, poderá requerer sua concessão independentemente do desligamento. Pensamento contrário implicaria em odioso enriquecimento sem causa em favor do Erário, o que afronta o princípio da moralidade administrativa.

E quem o diz é Maria Sylvia Zannela DiPietro:

> *"(...) sendo de caráter contributivo, é como se o servidor estivesse 'comprando' o seu direito à aposentadoria; ele paga por ela. Daí a aproximação com o contrato de seguro. Se o servidor paga a contribuição que o garante diante da ocorrência de riscos futuros, o correspondente direito ao benefício previdenciário não pode ser frustrado pela demissão. Se o governo quis equiparar o regime previdenciário do servidor público e o do trabalhador privado, essa aproximação vem com todas as consequências: o direito à aposentadoria, como benefício previdenciário de natureza contributiva, desvincula-se do direito ao exercício do cargo, desde que o servidor tenha completado os requisitos constitucionais para obtenção do benefício. Qualquer outra interpretação leva ao enriquecimento ilícito do erário e fere a moralidade administrativa. Não tem sentido instituir-se contribuição com caráter obrigatório e depois frustrar o direito à obtenção do benefício correspondente. Assim, se a demissão não pode ter o condão de impedir o servidor de usufruir o benefício previdenciário para o qual contribuiu nos termos da lei (da mesma forma que ocorre com os vinculados ao Regime Geral), por força de consequência, também não pode subsistir a pena de cassação de aposentadoria, que substitui, para o servidor inativo, a pena de demissão."* (em artigo publicado na rede mundial de computadores, no endereço: http://www.conjur.com.br/2015-abr-16/interesse-publico-cassacao-aposentadoria-incompativel-regime-previdenciario-servidores?imprimir=1)

A assertiva também foi feita pelo Ministro Ricardo Lewandowski, quando do julgamento do RE 610290, Segunda Turma, julgado em 25/06/2013, Public 15-08-2013:

> *"(...) com efeito, diversamente do sustentado pelo recorrente, não se trata de um benefício gratuito concedido aos dependentes do policial militar, porém, de uma contraprestação às contribuições previdenciárias por ele pagas durante o período efetivamente trabalhado. Dessa forma, sua exclusão da corporação não pode repercutir nos benefícios previdenciários para os quais efetivamente contribuiu.* ***Entender de forma diversa seria placitar verdadeiro enriquecimento ilícito da Administração Pública que, em um sistema contributivo de seguro, apenas receberia as contribuições do trabalhador, sem nenhuma contraprestação em troca****."* (Destaquei)

Essa orientação, inclusive, já foi adotada, à unanimidade, pelo Órgão Especial, seguindo elucidativo voto proferido pelo eminente Des. Claudionor Miguel Abss Duarte:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA – CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO – CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA DE INVESTIGADOR DA POLÍCIA JUDICIÁRIA PELO GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL DE DECRETAÇÃO DE PERDA DE CARGO PÚBLICO DO IMPETRANTE, NA ESFERA PENAL – PRELIMINARES: ILEGITIMIDADE PASSIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL; ILEGITIMIDADE PASSIVA DA PROCURADORA DA AGEPREV/MS; E IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA – REJEITADAS – ILEGALIDADE DA CASSAÇÃO DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR, A QUAL É INCOMPATÍVEL COM O REGIME PREVIDENCIÁRIO DOS SERVIDORES – SEGURANÇA CONCEDIDA. (...) IV –* ***A cassação da aposentadoria é incompatível com o regime previdenciário dos servidores, direito fundamental de caráter contributivo e atuarial, cujo benefício constitui direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF) mediante prestações pagas pelo servidor e, portanto, absolutamente autônomo e não inerente às atribuições da função***

> ***pública ou cargo ocupado ou, ainda, à relação jurídico-administrativa de subordinação e hierarquia mantida entre servidores e o Estado***. *Essa característica do regime previdenciário, porém, não impede que os servidores respondam perante a esfera criminal e no âmbito da lei de improbidade administrativa pela reparação civil dos prejuízos eventualmente causados ao erário."* (Relator(a): Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 08/07/2015; Data de registro: 06/10/2015). (Destaquei)

A cassação de aposentadoria muito se assemelha ao fenômeno da desaposentação, na medida em que acaba por desfazer os efeitos do ato de aposentadoria, distinguindo-se apenas na iniciativa (o primeiro pela Administração e o segundo pelo próprio beneficiário). A desaposentadoria, contudo, não é admitida pela jurisprudência consolidada do STF (tese 503 da repercussão geral, *"no âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à 'desaposentação', sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei nº 8.213/91)."*

Importante destacar, também, que 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 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. art. 115, da Lei Complementar nº 53/90, cuja redação peço *venia* para transcrever:

> *"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****."* (G.n.)

O benefício de aposentadoria, contudo, decorre de relação jurídica de natureza distinta daquela que trata da remuneração ou indenização do servidor, cujas regras são específicas. Estes (remuneração e indenização) decorrem de vínculo estatutário; a aposentadoria decorre de vínculo previdenciário. O direito previdenciário submete-se a caráter contributivo e atuarial, que preconiza o equilíbrio entre as prestações e benefícios.

Nem se diga, finalmente, que, mesmo concedida a aposentadoria, deveria ela ser cassada por força do disposto no art. 134 da Lei 8.112/90. Isso porque referida norma (que institui o regime jurídico dos servidores públicos civis da União) trata de sanção administrativa sem previsão correspondente no estatuto dos servidores militares estaduais, pelo que não tem aplicação na espécie dos autos.

Mais ainda, a ausência de vínculo com a Administração Pública não impede a concessão do benefício de aposentadoria, nos termos do art. 102, § 1º, da Lei 8.213/90, *in verbis*:

> *"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."*

De sorte que o direito ao benefício previdenciário não se discute, conquanto reconhecidos os requisitos necessários à sua concessão, sendo manifestamente ilegal o óbice imposto pela Administração Pública.

Não é demais lembrar que a relação jurídica previdenciária, como qualquer outro negócio jurídico, não pode ser impactada pela cessação do vínculo estatutário, tendo em vista o princípio atuarial a que se submete, sendo inarredavelmente devida a contraprestação depois de regulamente cumprida a prestação (contribuição).

Este Órgão Especial assentou essa *ratio decidendi* em julgamento paradigmático:

> *"MANDADO DE SEGURANÇA – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL E FALTA DE INTERESSE DE AGIR – AFASTADAS –MÉRITO – PENSÃO POR MORTE – DIREITO A APOSENTADORIA ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 41/2003 – PROVENTOS INTEGRAIS DEVIDOS À PENSIONISTA – SEGURANÇA CONCEDIDA.* ***A pensionista do servidor falecido posteriormente à EC 41/03 têm direito à paridade com servidores em atividade, inclusive, com percebimento integral de vencimentos, se o servidor público falecido reunia as condições exigíveis para aposentar-se antes da EC 41/2003. Reconhecimento do direito adquirido****. Precedentes desta Corte."* (Relator(a): Des. Romero Osme Dias Lopes; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 29/09/2015; Data de registro: 15/01/2016). (G.n.)

Atente-se, ainda, para o fato de que o entendimento sedimentado no Verbete nº 673, do STF alude especificamente sobre a possibilidade de perda da graduação de militar, não ao benefício previdenciário. Veja: *"O art. 125, § 4º, da Constituição não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo."*

A condenação imposta, portanto, deve restingir-se à perda do posto e da patente, o que implica em exclusão do apelante da reserva remunerada, permanecendo incólume, o benefício previdenciário concedido.

Registre-se, por fim, que a questão alusiva à constitucionalidade da cassação de aposentadoria é objeto de ADI (4882), perante o Supremo Tribunal Federal, encontrando-se pendente de julgamento.

Diante do exposto, divirjo do voto proferido pelo eminente Relator e julgo procedentes os pedidos veiculados na inicial, para o fim de, em juízo rescisório, reformar a sentença proferida nos autos da Ação Anulatória nº 0834125-26.2015.8.12.0001, restabelecendo o benefício previdenciário concedido ao autor, embora mantida a perda da patente e exclusão da corporação, condenando o requerido ao pagamento dos valores indevidamente suprimidos, acrescidos de juros e correção monetária, na forma do tema 810, da repercussão geral do STF. Em razão disso, condeno Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de honorários advocatícios, que arbitro no percentual mínimo previsto no tabelamento contido nos incisos do § 3º, do art. 85, do NCPC.

É como voto

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (2º Vogal)

Acompanho o voto do 3º Vogal.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (4º Vogal)

Acompanho o voto do 3º Vogal.

Por maioria, julgaram procedente a ação, nos termos do voto do 3º vogal (Des. Sideni), acompanhado do 2º e 4º vogais, vencido o relator que julgava improcedente. Porém, na forma do inciso i do § 3º do art. 942 do CPC, o julgamento terá prosseguimento na seção especial cível para garantir a possibilidade de inversão do resultado. Ausente, justificadamente, o Des. Fernando.

VOTO (EM 03/02/2020)

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (5º Vogal)

Acompanho o voto do 3º Vogal.

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa. (6º Vogal)

Acompanho o voto do 3º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, julgaram procedente a ação rescisória, nos termos do voto do Des. Sideni, vencido o relator que julgava improcedente. Ausente, justificadamente, o Des. Fernando Mauro. Julgamento em conformidade com o artigo 942 do CPC.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 3 de fevereiro de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel
Agravo de Instrumento nº 1412585-31.2019.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – PENHORA DE CRÉDITO DA DEVEDORA/EXECUTADA – ASSEMELHA-SE À PENHORA DE FATURAMENTO DA EMPRESA – FORMA MAIS GRAVOSA AO EXECUTADO – AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS – CONDIÇÃO *SINE QUA NON* – NÃO VERIFICADA – CONSULTA AO SISTEMA INFOJUD – NÃO ESGOTAMENTO DOS MEIOS DE LOCALIZAÇÃO DE BENS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A penhora sobre crédito da executada junto a empresa de cartões de crédito assemelha à penhora de faturamento e, nesse norte, o ato de constrição afronta o princípio de que a execução deve se dar de forma menos gravosa ao executado, por ser medida excepcional que deve ser utilizada quando esgotados todos os meios disponíveis para a localização de bens do devedor, o que não foi observado na hipótese em comento. Logo, por ser medida excepcional a penhora de créditos, é condição *sine qua non* que não existam bens penhoráveis ou que não se prestem a saldar a dívida.

No caso em tela, em consulta ao SAJ, foi possível observar que embora sem êxito a busca de valores via BACENJUD, houve o cadastramento no CERI. Portanto, até o momento não se pode afirmar que inexiste bens passíveis de penhora, até porque a única tentativa foi de penhora *on-line*. Contudo, há que ser anotado que se não forem localizados bens da devedora, nada obsta que futuramente se realize a penhora de crédito, como, aliás, restou consignado na decisão agravada.

A toda evidência, é certo que o Poder Judiciário pode determinar aos órgãos atribuídos que prestem informações relevantes ao processo. Todavia, somente deve ser utilizado os meios pretendidos quando for útil e necessário ao processo, de forma que, não sendo possível cumprir o seu papel ou havendo outras medidas possíveis para a busca de bens do devedor, deve dispor o credor e juiz de outros meios para a solução da lide.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º Vogal.

Campo Grande, 19 de maio de 2020.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Jefferson de Miranda Ferreira Silva interpõe agravo de instrumento nos autos do cumprimento de sentença promovido em face de Angloschool Campo Grande. Insurge-se contra decisão que indeferiu pedido de penhora de possíveis créditos da executada junto a administradoras de cartões de crédito, ao fundamento de que a ação executiva já tramita há quase 05 (cinco) anos sem êxito em localizar bens passíveis de penhora e que referida decisão está em confronto com o princípio da efetividade do processo. Pugna pelo provimento do recurso, para o fim de ser deferida: 1) expedição de ofício às operadoras de cartão de crédito/débito e 2) pesquisa via sistema INFOJUD.

Não foram apresentas contrarrazões (f. 20).

VOTO (EM 03/12/2019)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por Jefferson de Miranda Ferreira Silva nos autos do cumprimento de sentença promovido em face de Angloschool Campo Grande. Insurge-se contra decisão que indeferiu pedido de penhora de possíveis créditos da executada junto a administradoras de cartões de crédito, ao fundamento de que a ação executiva já tramita há quase 05 (cinco) anos sem êxito em localizar bens passíveis de penhora; que referida decisão está em confronto com o princípio da efetividade do processo. Pugna pelo provimento do recurso, para o fim de ser deferida: 1) expedição de ofício às operadoras de cartão de crédito/débito e 2) pesquisa via sistema INFOJUD.

Consta da decisão agravada:

> *"(...) a penhora de créditos futuros da empresa devedora, decorrentes de vendas com cartão de crédito ou débito, não se confunde com a modalidade de penhora prevista no art. 854, do CPC. Na verdade, como vem assentando a jurisprudência, cuida-se de uma penhora de recebíveis que se confundem com o próprio faturamento da empresa, entendido como a soma de suas vendas em um determinado período. Sendo assim, sua penhora, ainda que possível, deve respeitar o lugar que lhe cabe na ordem de preferências do art. 835, na qual ocupa o décimo lugar (inciso X), atrás não só do dinheiro, mas também dos títulos da dívida pública, títulos e valores mobiliários, veículos, bens imóveis, móveis em geral, semoventes, navios e areonaves e ações de sociedades. Acresça-se que a penhora do faturamento da pessoa empresária é sempre medida drástica, cuja efetivação pode comprometer o próprio funcionamento da empresa, com os riscos sociais daí advindos. Por isso, deve ser sempre analisada com cautela, especialmente tendo em vista a regra do art. 805 do CPC que, reeditando o art. 620 do CPC revogado, estabelece que a execução deve ser feita pelo modo menos gravoso para o executado. De outra feita, mesmo no caso de seu deferimento, a penhora não poderia se limitar pelo valor da dívida cobrada na execução, como pretende o exequente, mas sim por percentual do faturamento da empresa, a ser previamente fixado pelo juízo. (...) por fim, não há sequer prova, produzida pela exequente, de que a parte executada possua, efetivamente, relação contratual ou créditos com as administradoras e empresas mencionadas em seu requerimento. Logo, indefiro, por ora, o requerimento de expedição de ofício e penhora de possíveis créditos da executada acerca dos cartões de crédito."*

Pois bem. Conforme exposto pelo juízo *a quo*, o ato de constrição afronta o princípio de que a execução deve se dar de forma menos gravosa ao executado, por ser medida excepcional que deve ser utilizada quando esgotados todos os meios disponíveis para a localização de bens do devedor, o que não foi observado na hipótese em comento.

Aliás, nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça e demais Tribunais Pátrios. Confira:

> *"TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL –* ***PENHORA – CRÉDITOS FUTUROS – MEDIDA EXCEPCIONAL –*** *PERCENTUAL QUE NÃO PODE ULTRAPASSAR OS PARÂMETROS ACEITOS PELA JURISPRUDÊNCIA DO STJ, TAMPOUCO DEVE INVIABILIZAR AS ATIVIDADES DA EMPRESA – AGRAVO INTERNO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO A QUE NEGA PROVIMENTO.* ***1. A jurisprudência do STJ, a despeito de considerar viável a penhora de recebíveis da empresa, assinala que tal medida é de exceção e reclama a efetiva demonstração de que foram esgotados todos os meios disponíveis para a localização de outros bens penhoráveis.*** *2. Nesse aspecto, ainda que se considere a possibilidade da constrição recair sobre o faturamento da empresa, o percentual deferido dependerá de cada caso concreto, e, de acordo com a jurisprudência desta Corte, o percentual de 30%, de toda sorte, seria considerado exorbitante, em comparação com as hipóteses consideradas como razoáveis no âmbito deste Tribunal, que tem considerado dentro da razoabilidade o percentual de 5%, em geral, mas não mais que 10%, a depender do caso, e desde que não inviabilize as atividades da empresa. 3. Agravo Interno da Fazenda do Estado de São Paulo a que se nega provimento."* (AgInt no

REsp 1281175/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 15/05/2018, DJe 18/05/2018) frisei

> *"TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA DE CRÉDITOS – OPERAÇÕES NA ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO – EQUIPARAÇÃO AO FATURAMENTO DA EMPRESA – ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM O ENTENDIMENTO DO STJ – RECURSO DESPROVIDO. 1. O Tribunal de origem, ao dirimir a controvérsia, conferiu a limitação da penhora de recebíveis provenientes de vendas realizadas por cartão de crédito a 10% sobre a totalidade das execuções fiscais.* ***2. O acórdão recorrido está em sintonia com o entendimento do STJ, de que os recebíveis de operadoras de cartão de crédito equiparam-se ao faturamento da empresa e, por isso, devem ser restringidos de forma a viabilizar o regular desempenho da atividade empresarial.*** *3. Recurso Especial não provido."* (REsp 1676274/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 05/09/2017, DJe 13/09/2017) frisei

> *"RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO INDENIZATÓRIA –* ***FASE DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA – INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE PENHORA DE RECEBÍVEIS NO CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO DA EMPRESA DEVEDORA – SISTEMA PAGSEGURO UOL – PRETENSÃO EQUIPARADA À PENHORA SOBRE FATURAMENTO EMPRESARIAL – MEDIDA POSSÍVEL, MAS EXCEPCIONAL – NECESSIDADE DE ESGOTAMENTO DAS HIPÓTESES PREFERENCIAIS DE PENHORA – ARTIGOS 835 E 866 DO CPC – CASO DOS AUTOS EM QUE APENAS HOUVE TENTATIVA FRUSTRADA DE PENHORA DE VALORES VIA BACEN-JUD – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS.*** *DECISÃO RECORRIDA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO."* (Agravo de Instrumento Nº 70079571469, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 28/03/2019). Destaquei

E ainda,

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA DE VALORES DECORRENTES DE VENDAS POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO – FATURAMENTO DA EMPRESA – REQUISITOS – ESGOTAMENTO DE TODOS OS MEIOS POSSÍVEIS DE PENHORA – RECURSO NÃO PROVIDO.* ***A penhora de valores oriundos de vendas com cartões de crédito equivale à penhora sobre faturamento da empresa; somente deve ser deferida quando demonstrado que o exequente exauriu todos os meios possíveis para a localização de bens penhoráveis, por se tratar de medida excepcional, passível de comprometer o capital de giro da empresa. Ausentes provas de que tenha a Fazenda Pública diligenciado no sentido de comprovar a inexistência de bens passíveis de penhora, não havendo, ainda, qualquer esclarecimento acerca do faturamento da empresa, inviável a penhora conforme requerida."*** (TJMG. Agravo de Instrumento-Cv 1.0024.14.121376-9/001, Relator(a): Des.(a) Luís Carlos Gambogi , 5ª Câmara Cível, julgamento em 18/08/2016, publicação da súmula em 29/08/2016) frisei

Logo, por ser medida excepcional a penhora de créditos, é condição *sine qua non* que não existam bens penhoráveis ou que não se prestem a saldar a dívida.

Firmada essa premissa, tem-se que na mesma decisão agravada, também restou consignado:

> *"(...) defiro, contudo, a consulta de eventuais bens da parte executada através dos sistemas Renajud e CERI (Central Eletrônica de Registro de Imóveis)."*

Vale observar que em consulta ao SAJ, foi possível observar que, embora sem êxito, a busca de valores via BACENJUD, houve o cadastramento no CERI.

Portanto, até o momento não se pode afirmar que inexiste bens passíveis de penhora, até porque a única tentativa foi de penhora *on-line*. Contudo, há que ser anotado que se não forem localizados bens da devedora, nada obsta que futuramente se realize penhora de crédito, o que, aliás, restou consignado na decisão agravada.

Nesse sentido são os precedentes, inclusive desta Câmara, em acórdão de minha relatoria:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – PENHORA SOBRE FATURAMENTO DA EMPRESA EXECUTADA – MEDIDA EXCEPCIONAL – INEXISTÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS – CONDIÇÃO SINE QUA NON NÃO ATENDIDA – ART. 866 DO NCPC – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Nos termos do art. 866 do NCPC é condição sine qua non para penhora de faturamento da empresa devedora, que não existam bens penhoráveis ou que não se prestem a saldar a dívida. 2. No caso, porém, a executada/agravante apresentou bens imóveis à penhora suficientes à garantia da dívida, os quais não foram aceitos pela credora ao argumento de que as certidões apresentadas estão desatualizadas por serem datadas de 2009 e por se tratar de terrenos localizados no Rio Grande do Norte, distante quase 3 mil quilômetros desta comarca. 3. Não há alegação de que não existem bens. O fato das certidões estarem desatualizadas é facilmente contornado pela determinação de juntada de cópia recente das respectivas matrículas. Ademais, a localização dos imóveis em outra comarca não torna difícil a alienação, bastando a expedição da competente carta precatória. 4. Se não forem apresentadas matrículas recentes ou não houver êxito no praceamento, nada obsta que futuramente se realize a penhora do faturamento da empresa, que por ser medida excepcional deve ter seus requisitos observados e preenchidos. 5. Não se vislumbra, por ora, justificativa para penhora do faturamento da empresa, forma aliás mais gravosa ao devedor, sem observância dos requisitos legais."* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1401792-67.2018.8.12.0000, Campo Grande, 5ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 24/04/2018, p: 24/05/2018).

> *"ADMINISTRATIVO – PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – PENHORA SOBRE PERCENTUAL DE* ***FATURAMENTO*** *CARÁTER* ***EXCEPCIONAL*** *– CONDIÇÃO DO ART. 866 DO CPC – DESCUMPRIMENTO – EXISTÊNCIA DE BENS – REQUISITO NÃO PREENCHIDO. 1. Agravo de Instrumento em que a CAARJ requer que se afaste a penhora deferida sobre o seu faturamento. 2. Os Embargos de Declaração restam prejudicados pelo julgamento definitivo do presente Agravo de Instrumento. 3. Antes de o CPC/2015 prever a possibilidade de penhora sobre o faturamento da empresa, o eg. STJ já tinha jurisprudência dominante no sentido de aceitar tal modalidade de penhora, desde que não encontrados outros bens penhoráveis e que o valor não fosse capaz de comprometer o funcionamento da executada. Tal entendimento se encontra hoje previsto no art. 866 do CPC, segundo o qual 'Se o executado não tiver outros bens penhoráveis ou se, tendo-os, esses forem de difícil alienação ou insuficientes para saldar o crédito executado, o juiz poderá ordenar a penhora de percentual de faturamento de empresa'. 4. No caso em tela, restando clara a existência de outros bens, bem como estando pendente apenas o pagamento de emolumentos para a efetivação da penhora do imóvel localizado na Av. Ayrton Senna nº 1850, na Barra da Tijuca, cidade do Rio de Janeiro, avaliado em R$ 300.000,00, tem-se que não foram, ainda, preenchidos os requisitos necessários para o deferimento da penhora sobre o faturamento da Executada. 5. Patente o prejuízo que a presente medida pode causar à Agravante que já se encontra em grande dificuldade financeira e com um grande número de penhoras já deferidas em seu faturamento.* ***De outro lado, inexiste o periculum in mora inverso causado à Agravada com o adiamento da penhora sobre o faturamento, medida que poderá ser determinada, posteriormente, pelo juízo a quo, depois de cumpridos todos os requisitos necessários para tanto.*** *6. Agravo de Instrumento provido para afastar a penhora sobre o faturamento da Agravante. Embargos de Declaração prejudicados."* (TRF-2 - AG: 00130500820174020000 RJ 0013050-08.2017.4.02.0000, Relator: Reis Friede, Data de Julgamento: 22/02/2018, 6ª Turma Especializada) frisei

Já no que se refere ao pedido de busca de bens via INFOJUD, comungo do entendimento de que é necessário o esgotamento dos meios postos à disposição para utilização do sistema INFOJUD para busca de informações acerca da parte requerida.

O Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que constitui excepcionalidade a expedição de ofício aos órgãos públicos a fim de obter informações sigilosas sobre cadastro devedor, ou seja, desde que as demais diligências tenham sido infrutíferas. Confira:

> *"EXECUÇÃO FISCAL – EXPEDIÇÃO DE OFICIO AO DETRAN – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL AFASTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO – MATÉRIA DE PROVA – INADMISSIBILIDADE NA ESFERA DO ESPECIAL – SÚMULA 7/STJ. 1. Versa o feito sobre recurso especial interposto nos autos de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu pedido da Fazenda para que notificasse o Detran a fim registrar restrição a transferência dos veículos em litígio, assim como para que informasse o endereço do executado.* ***2. Este Sodalício possui entendimento no sentido de que constitui uma excepcionalidade a expedição de ofício aos órgãos públicos a fim de obter informações sigilosas sobre cadastro devedor, ou seja, desde que as demais diligências tenham sido infrutíferas.*** *3. No particular, situação peculiar não-reconhecida pelo Tribunal de origem ao concluir que o Fisco deveria utilizar os meios próprios e adequados para apreensão provisória do bem, além de que ressaltar que a exequente tenciona apenas compelir o órgão público a constranger o proprietário do veículo a efetuar pagamento de dívida fiscal, sem que tenha esgotado as vias ordinária antes. 4. Rever o posicionamento da corte de origem demandaria revolvimento do conteúdo probatório, hipótese que não se amolda ao recurso especial (Súmula 7/STJ). 5. Recurso especial não-conhecido."* (REsp 761.181/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 05/08/2008, DJe 22/08/2008) frisei

A toda evidência, é certo que o Poder Judiciário pode determinar aos órgãos atribuídos que prestem informações relevantes ao processo. Todavia, somente deve ser utilizado os meios pretendidos quando for útil e necessário ao processo, de forma que, não sendo possível cumprir o seu papel ou havendo outras medidas possíveis para a busca de bens do devedor, deve dispor o credor e juiz de outros meios para a solução da lide.

Nesse sentido:

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES PELO SISTEMA INFOJUD E RENAJUD – PRESCINDÍVEL O ESGOTAMENTO DAS VIAS EXTRAORDINÁRIAS – PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL STJ - RECURSO PROVIDO.* ***Cabe ao Judiciário, em circunstâncias justificadoras, valer-se de todos os instrumentos legais colocados a sua disposição visando realizar diligências a fim de alcançar a atividade executiva, até mesmo quando não esgotadas todas as buscas para localização de bens passíveis de penhora pelo credor, conforme jurisprudência consolidada pelo STJ nos REsp's repetitivos n.º 1.112.943/MA e n.º 1.184.765/PA****."* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1406633-71.2019.8.12.0000, Campo Grande, 1ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Marcelo Câmara Rasslan, j: 25/10/2019, p: 29/10/2019) destaquei.

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – UTILIZAÇÃO DOS SISTEMAS RENAJUD E INFOJUD PARA LOCALIZAÇÃO DE BENS DOS DEVEDORES – EXCEPCIONALIDADE NÃO VERIFICADA – NÃO ESGOTAMENTO DE TODOS OS MEIOS PARA SATISFAÇÃO DO CRÉDITO – ADOÇÃO DE MEDIDA ATÍPICA – SUSPENSÃO DA CNH – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA EFETIVIDADE – PROVIDÊNCIA QUE IMPLICA EM RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS – INCLUSÃO DO NOME DOS EXECUTADOS NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – IMPOSSIBILIDADE – ARTIGO 782, §§ 3° E 5°, DO CPC – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO."* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1406399-89.2019.8.12.0000, Dourados, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 25/07/2019, p: 29/07/2019)

E ainda,

> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – UTILIZAÇÃO DO SISTEMA INFOJUD PARA LOCALIZAÇÃO DO ENDEREÇO DA PARTE RÉ – NÃO ESGOTADOS OS MEIOS DE BUSCA. Cabe à exeqüente esgotar as diligências cabíveis na localização do endereço da executada. Não tendo a parte interessada demonstrado o esgotamento das diligências extrajudiciais, mostra-se imperativo o indeferimento do pedido. Negado provimento."* (Agravo de Instrumento nº 70076226661, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ergio Roque Menine, Julgado em 13/12/2017)

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao presente agravo de instrumento.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 04/02/2020 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Luiz Tadeu), após o relator negar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 04/02/2019)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (1º Vogal)

Jeferson de Miranda Ferreira agrava contra a decisão interlocutória do juízo da 13ª vara cível da comarca de Campo Grande que, no cumprimento de sentença promovido contra Campos Curso Profissionalizante LTDA - ME, indeferiu o pedido de expedição de ofício e posterior penhora de possíveis créditos da devedora junto às administradoras de cartões de crédito, bem como a realização de pesquisa via sistema INFOJUD.

O relator, Des. Sideni Soncini Pimentel, negou provimento ao recurso.

Pois bem.

A execução deve se pautar no interesse do credor (art. 797, *caput*, CPC), e não do devedor contumaz, que não cumpre a sua obrigação.

In casu, foi tentada a localização e bloqueio de numerário em nome da ré via Bacen-Jud além da tentativa de localização de veículos em nome da devedora via Renajud, sendo infrutíferas tais diligências (f. 212-215 dos autos originários), o que demonstra ter o agravante diligenciado na busca de bens passíveis de penhora, mas sem lograr êxito.

Ademais, sobre a possibilidade de colheita de dados em arquivos sigilosos de órgãos oficiais para o fim de autorizar a penhora *on line*, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento com o julgamento do REsp 1.112.943/MA, com o rito dos recursos repetitivos, onde ficou decidido ser desnecessário o esgotamento das diligências na busca de bens a serem penhorados a fim de autorizar-se a penhora *on line* (sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD)

A esse respeito os precedentes do STJ:

> *"PROCESSUAL CIVIL – SISTEMA RENAJUD – ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS – DESNECESSIDADE – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.*
>
> *1. Cuida-se, na origem, de Agravo de Instrumento interposto pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, contra decisão que indeferiu pedido de consulta, por meio do sistema Renajud, de veículos existentes em nome do executado.*
>
> *2. O tribunal a quo negou provimento ao agravo de instrumento.*
>
> *3.* ***Contudo, esclareça-se que esta 'Corte, em precedentes submetidos ao rito do art. 543-C, firmou entendimento segundo o qual é desnecessário o esgotamento das diligências na busca de bens a serem penhorados a fim de autorizar-se a penhora on line (sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD)****, em execução civil ou execução fiscal'. (AgInt no REsp 1.184.039/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 4/4/2017) (grifo acrescentado).*
>
> *4. Ademais, o STJ posiciona-se no sentido de que o entendimento adotado para o Bacenjud deve ser aplicado ao Renajud e ao Infojud, haja vista que são meios colocados à disposição dos credores para simplificar e agilizar a busca de bens aptos a satisfazer os créditos executados. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.322.436, Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe 17/8/2015; REsp 1.522.644, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 1/7/2015; AgRg no REsp 1.522.840; Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/6/2015; REsp 1.667.420/RJ, Rel.*

Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 14/6/2017; AgInt no REsp 1.619.080/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 19/4/2017; AgInt no REsp 1.184.039/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 4/4/2017; REsp 1.347.222/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 2/9/2015; REsp 1.522.678, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18/5/2015, e REsp 1.582.421/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27/5/2016.

5. ***Atualmente, a questão se encontra pacificada, nos termos do precedente fixado pela Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp 1.112.943/MA, sujeito ao rito dos recursos repetitivos****.*

6. Recurso Especial provido." (STJ - REsp 1679562/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. 22.08.2017, DJe 13.09.2017). (G.n.)

"PROCESSUAL CIVIL – TRIBUTÁRIO – AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 – APLICABILIDADE – RECURSO ESPECIAL PROVIDO – EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA DE VALORES PELO BACENJUD – LEI N. 11.382/2006 – DESNECESSIDADE DO ESGOTAMENTO DAS DILIGÊNCIAS NA BUSCA DE BENS – ADESÃO POSTERIOR A REGIME DE PARCELAMENTO – SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – PRECEDENTES – ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - ***É desnecessário o esgotamento das diligências na busca de bens a serem penhorados a fim de autorizar-se a penhora on line (sistemas BACEN-JUD, RENAJUD ou INFOJUD), em execução civil ou fiscal, após o advento da Lei n. 11.382/2006, com vigência a partir de 21/01/2007.***

III - É cediço o posicionamento neste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a manutenção da constrição, em virtude do parcelamento, dar ensejo somente à suspensão do crédito tributário e, não, à sua extinção.

IV - O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

V - Agravo Interno improvido." (STJ. AgInt no REsp 1636161/PE, Rel. Min. Regina Helena Costa, 1ª Turma, j. 02.05.2017, DJe 11.05.2017). (G.n.)

Como se vê, possível a quebra do sigilo fiscal para salvaguardar os interesses do credor, sendo desnecessário o esgotamento de todos os meios à sua disposição para a localização de bens do devedor. É a clássica aplicação do princípio da efetividade do processo de execução, que se dá no interesse do credor e em detrimento do devedor.

Ademais, importante consignar que se o credor pode, livremente, obter certidão de possíveis bens do devedor junto ao serviço registral de imóveis, não se afigura razoável que não tenha acesso aos bens registrados perante a Receita Federal.

Ante as considerações acima, demonstrada a legalidade, a conveniência e oportunidade da medida pretendida pelo agravante (consulta ao Infojud), é de rigor a reforma parcial do *decisum* interlocutório.

Em relação ao pedido de ofício às administradoras de cartões de crédito e posterior penhora de créditos, como bem ressaltou o relator, é condição *sine qua non* que não existam bens penhoráveis ou que não se prestem a saldar a dívida. Contudo, há que ser anotado que se não forem localizados bens da devedora, nada obsta que futuramente se realize penhora de crédito.

Posto isso, divirjo em parte do voto do relator; conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para determinar que o juízo *a quo* lance mão do sistema Infojud para eventual penhora, a expensas do credor.

Conclusão de julgamento adiada em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Júlio), após o relator negar e o 1º vogal dar parcial provimento ao recurso.

VOTO (EM 19/05/2019)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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, 19 de maio de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel
Agravo de Instrumento nº 1401839-70.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – NULIDADE DA CITAÇÃO – REJEITADA – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 50 DO CÓDIGO CIVIL – UTILIZAÇÃO DA SOCIEDADE DE FORMA DOLOSA PELO SÓCIO – NÃO COMPROVAÇÃO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Questão atinente ao constrangimento do autor no momento da realização por si só não é causa de nulidade do ato judicial. Nos termos do art. 246, III, do CPC, a citação da parte poderá ser realizada pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citado comparecer em cartório. Afora isso, o agravante fora citado para manifestar sobre pedido de desconsideração da personalidade jurídica, sendo que, posteriormente, em atendimento a ordem judicial, os documentos foram desentranhados para autuação em apartado como incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o que justifica o fato da citação ter sido realizada antes da distribuição.

Apesar de penhorado imóvel com valor suficiente para satisfação de seu crédito, diante da insegurança quanto a futura quitação, a agravada requereu a desconsideração da personalidade jurídica, destacando, inclusive, que a empresa executada teria encerrado suas atividades de forma irregular, o que foi contestado pelo agravante.

Compulsando os autos, verifica-se que a apelada não logrou êxito em comprovar desvio de finalidade da pessoa jurídica ou a confusão patrimonial entre bens do sócio e da empresa, requisitos insertos no art. 50 do Código Civil de 2002.

Segundo entendimento do STJ, a mera insolvência da sociedade ou sua dissolução irregular, sem a devida baixa na junta comercial e sem a regular liquidação dos ativos, por si só não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica, pois não se pode presumir o abuso da personalidade jurídica da verificação dessas circunstâncias. Para a aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica exige-se a comprovação de que a sociedade era utilizada de forma dolosa pelo sócio como mero instrumento para dissimular a prática de lesões aos direitos de credores ou terceiros.

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 provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 23 de junho de 2020.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Maximino Antonio Scandiuzzi interpõe agravo de instrumento nos autos do incidente de desconsideração da personalidade jurídica promovida por Agrária Indústria e Comercio LTDA. objetivando a revogação da

liminar que determinou o bloqueio de todos imóveis do agravante, que, inclusive, já lhe pertenciam antes da existência da empresa executada; que não foi levado em conta o fato da execução estar garantida com bem imóvel de valor muito superior ao cobrado (excesso de garantia). Destaca que o valor objeto da ação executiva está sendo questionado nos embargos à execução; que restou nula a citação do ora agravante para fins de responder ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica; que o fato da empresa executada ser EIRELI não pode ser confundida com empresa individual; que para fins da desconsideração da personalidade jurídica há que ser observado o art. 50 do Código Civil, bem como os seus respectivos parágrafos; que a decretação da indisponibilidade de bens é ato extremo e deve ser deferido com cautela e desde que presentes elementos comprobatórios. Pugna pela concessão do efeito suspensivo e, ao final, pelo provimento do recurso, com revogação da liminar de indisponibilidade de bens, afastando-se a desconsideração da personalidade jurídica da empresa Solutech Soluções Tecnológicas para Agricultura e Pecuária Eireli decretada nos Autos n. 00292622120198120001.

Recebido o recurso apenas no efeito devolutivo, a agravada apresentou contraminuta requerendo a condenação do agravante em litigância de má-fé. Intimado, o recorrente peticionou à f. 142-148, enquanto que a empresa Solutech Soluções Tecnológicas para Agricultura e Pecuária Eireli, na qualidade de terceira interessada manifestou-se à f. 220-225. Diante da juntada de documentos, a agravada manifestou-se à f. 257-264. Posteriormente, a terceira interessada peticionou à f. 266-267, alegando a intempestividade da manifestação da agravada.

VOTO (09/06/2020)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Maximino Antonio Scandiuzzi nos autos do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica promovida por Agrária Indústria e Comercio LTDA. objetivando a revogação da liminar que determinou o bloqueio de todos imóveis do agravante, que, inclusive, já lhe pertenciam antes da existência da empresa executada; que não foi levado em conta o fato da execução estar garantida com bem imóvel de valor muito superior ao cobrado (excesso de garantia). Destaca que o valor objeto da ação executiva está sendo questionado nos embargos à execução; que restou nula a citação do ora agravante para fins de responder ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica; que o fato da empresa executada ser Eireli não pode ser confundida com empresa individual; que para fins da desconsideração da personalidade jurídica há que ser observado o art. 50 do Código Civil, bem como os seus respectivos parágrafos; que a decretação da indisponibilidade de bens é ato extremo e deve ser deferido com cautela e desde que presentes elementos comprobatórios. Pugna pelo provimento do recurso, com revogação da liminar de indisponibilidade de bens, afastando-se a desconsideração da personalidade jurídica da empresa Solutech Soluções Tecnológicas para Agricultura e Pecuária Eireli decretada nos Autos n. 00292622120198120001.

Inicialmente, no que se refere a alegada nulidade da citação, consta da decisão agravada:

> *"(...) às f. 434 do feito principal está certificada a realização da citação para o presente incidente, não havendo que se falar em qualquer irregularidade. Não há diferença alguma no fato de o requerido ser citado por um Oficial de Justiça, em sua casa, ou por um outro Analista Judiciário dos quadros desse juízo, no momento em que compareceu em cartório. O que importa é que a citação seja realizada e que a comunicação do ato processual cumpra o seu objetivo."* (f. 28).

Insurge-se o agravante ao argumento de que o ato fora realizado pelo Chefe de Cartório de maneira rude, no próprio balcão, causando-lhe constrangimento; que a citação ocorreu para manifestação no processo de execução e não para processo de desconstituição da personalidade jurídica; que referida citação ocorreu em 23/07/2019, enquanto que a distribuição do incidente se deu em 25/07/2019.

Pois bem. Questão atinente ao constrangimento do autor no momento da realização por si só não é causa de nulidade do ato judicial.

No que se refere às demais alegações, há que ser observado que nos termos do art. 246, III, do CPC, a citação da parte poderá ser realizada pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citado comparecer pessoalmente em cartório.

Afora isso, conforme se vislumbra dos autos principais - execução, o agravante fora citado para manifestar sobre pedido de desconsideração da personalidade jurídica, conforme determinado no despacho de f. 433. Posteriormente, em atendimento a ordem judicial, os documentos foram desentranhados para autuação em apartado como incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o que justifica o fato da citação ter sido realizada antes da distribuição.

Feitas essas considerações, não há se falar em nulidade da citação.

Quanto a garantia da execução, sustenta o embargante que o imóvel penhorado seria muito superior ao valor da dívida em execução.

De fato, o agravado não nega ser a garantia suficiente, contudo, alega que em outra execução a empresa executada teria afirmado que referido imóvel não mais lhe pertencia, mas sim à Prefeitura Municipal de Campo Grande.

Diante da insegurança instaurada quanto a futura liquidação de seu crédito, a agravada requereu a desconsideração da personalidade, destacando, inclusive, que a empresa executada teria encerrado suas atividades de forma irregular.

Opondo-se ao alegado, o agravante informa que a empresa teria mudado para novo endereço e que ainda estaria atuando no mercado em menor escala, tentando honorar as compromissos assumidos, apesar das dificuldades financeiras.

Pois bem. Ainda que o agravante seja o único sócio da empresa executada, por se tratar de uma EIRELI não há se confundir com empresa individual. Nesse sentido:

> *"VOTO Nº 26409 – INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – EIRELI.* ***PATRIMÔNIO DE EIRELI QUE NÃO SE CONFUNDE COM OS BENS DO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL QUE A CONSTITUIU – TIPO SOCIETÁRIO CRIADO PELA LEI Nº 12.441/2011 QUE SE EQUIPARA, PARA FINS DE RESPONSABILIZAÇÃO DO SEU TITULAR, À SOCIEDADE LIMITADA – NECESSIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PARA ATINGIR BENS DA EIRELI*** *– AUSÊNCIA DE PROVA DO ABUSO DA PERSONALIDADE – ART. 50 CC – INEXISTÊNCIA DE VALORES EM CONTA BANCÁRIA E DE BENS OU DIREITOS PASSÍVEIS DE PENHORA QUE, POR SI SÓ, NÃO CONFIGURAM ABUSO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO."* (TJ/SP. Agravo de Instrumento 2048269-12.2018.8.26.0000. Pub. 28/009/2018) Destaquei.

Daí que para fins de desconsideração da personalidade jurídica pretendida, a única norma prevista no Código Civil está inserta no art. 50, que estabelece:

> *"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."*

Nestor Duarte traz valiosa lição sobre o tema:

> *"(...) a personalidade da pessoa jurídica não se confunde com a de seus integrantes nem com a de seus administradores, e isso era norma expressa no art. 20 do Código Civil de 1916. O princípio se sustenta na medida em que a lei atribui personalidade a entidades que especifica (art. 44). Sucede, porém, que muitas vezes os sócios ou administradores, agindo*

> *contrariamente às finalidades estatutárias ou abusando da personalidade jurídica da pessoa jurídica, acarretam prejuízos a terceiros, quase sempre pela promiscuidade dos negócios próprios com os da entidade que administram. A fim de por cobro a esses desvios é que se formou a doutrina conhecida como disregard of legal entity, também chamada doutrina da penetração, para vincular e atingir o patrimônio dos sócios."* (PELUZO, César.Código civil comentado. 3. ed. Manole, 2009. p. 60).

O abuso de personalidade, segundo a norma, ocorrerá sempre que houver desvio de finalidade da pessoa jurídica ou confusão patrimonial entre os sócios e a pessoa jurídica. De sorte que, para satisfazer seu crédito no patrimônio do sócio, deve a exequente alegar e demonstrar a ocorrência desses fatos.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona, aprofundando-se sobre o tema, esclarecem:

> *"Segundo a novel regra legal, a desconsideração será possível, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir, se o abuso consistir em: a) desvio de finalidade; b) confusão patrimonial. No primeiro caso, desvirtuou-se o objetivo social, para se perseguirem fins não previstos contratualmente ou proibidos por lei. No segundo, a atuação do sócio ou administrador confundiu-se com o funcionamento da própria sociedade, utilizada como verdadeiros escudo, não se podendo identificar a separação patrimonial da sociedade."* (Novo curso de direito civil. 8. ed. Saraiva, 2006. p. 232. v. I).

Compulsando os autos, verifica-se que a agravada não nega que o bem penhorado seria suficiente para garantia do débito em execução. Contudo, apesar de manifestar preocupação quanto ao fato da empresa executada ter afirmado que bem não lhe pertenceria, em contrarrazões aduz que *"ao final ficará provado que o referido imóvel é da empresa executada (f. 87)."*

Portanto, estando a dívida garantida, importante se faz ressaltar que os percalços econômico-financeiros, tão comuns na atualidade, ainda que decorrentes da incapacidade administrativa de seus dirigentes, não se constituem, apenas por isso, comportamento ilícito ou abuso da personalidade jurídica. Caso contrário, toda sociedade empresária ostentaria a responsabilidade ilimitada de seus sócios, comprometendo a utilidade e, bem por isso, a própria existência do instituto da pessoa jurídica.

Na regra, portanto, não é possível ao credor da pessoa jurídica satisfazer seu crédito no patrimônio dos sócios desta. Nada impede, por outro lado, que outras medidas sejam adotadas, caso haja a desconstituição da penhora, como por exemplo a falência, que, aliás, produzirá os mais diversos efeitos ao sócio em decorrência da má administração dos negócios, como a proibição do exercício dos atos empresariais.

Confira o posicionamento do 1º. Tribunal de Alçada Civil de São Paulo a respeito da matéria:

> *"DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – SOCIEDADE COMERCIAL – PRETENSÃO DE QUE O PATRIMÔNIO DE SÓCIO RESPONDA PELAS DÍVIDAS DA EMPRESA – ADMISSIBILIDADE SOMENTE SE DEMONSTRADO DE FORMA INEQUÍVOCA QUE AGIU COM EXCESSO DE PODERES, INFRAÇÃO DA LEI OU DO CONTRATO SOCIAL – DISREGARD DOCTRINE QUE É EXCEÇÃO E NÃO REGRA GERAL. Para que o patrimônio do sócio responda pelas dívidas da sociedade, mediante a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica,* ***é fundamental que o credor demonstre de forma inequívoca,*** *que aquele agiu com excesso de poderes, infração da lei ou do contrato social, caracterizando atos de malícia e prejuízos à empresa, eis que a disregard doctrine é exceção e não a regra geral, devendo sempre prevalecer a idéia de pessoa jurídica quando forem obedecidos os limites no ordenamento para a sua utilização[1]."* (Frisei)

E mais,

> *"PESSOA JURÍDICA – TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO – INAPLICABILIDADE – SUSPENSÃO DA (AUTONOMIA PATRIMONIAL) QUE EXIGE O DEVIDO PROCESSO*

1 RT 799/274

LEGAL – IMPOSSIBILIDADE DE SE ALCANÇAR O ENTE JURÍDICO POR DÍVIDA DE SÓCIO EM SIMPLES DESPACHO ORDINATÓRIO DA EXECUÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA CONCEDIDO. ***A doutrina da superação ou desconsideração da personalidade jurídica traz questão de alta indagação exigente do devido processo legal para a expedição de um provimento extravagante, que justifique invadir a barreira (da autonomia patrimonial). Não é resultado que se alcance em simples despacho ordinatório da execução, do arresto ou do mandado de segurança, todos de cognição superficial***[2]*."* (Frisei)

Não é demais mencionar que o fechamento informal e inadimplente da empresa não implica por si só em desconsideração da personalidade jurídica, sendo necessária a comprovação de que a sociedade era utilizada de forma dolosa pelos sócios como mero instrumento para dissimular a prática de lesões aos direitos de credores ou terceiros, consoante recentes precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Confira:

"PROCESSUAL CIVIL E CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE LUCROS CESSANTES – POSSE INDEVIDA DE IMÓVEL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – ART. 50 DO CC/02 – TEORIA MAIOR – ATUAÇÃO DOLOSA E INTENCIONAL DOS SÓCIOS – UTILIZAÇÃO DA SOCIEDADE COMO INSTRUMENTO PARA O ABUSO DE DIREITO OU EM FRAUDE DE CREDORES – COMPROVAÇÃO CONCRETA – AUSÊNCIA. 1. O propósito recursal é definir se, na hipótese em exame, estão presentes os pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica, segundo a teoria maior, prevista no art. 50 do CC/02. 2. Nas relações jurídicas de natureza civil-empresarial, adota-se a teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica, segundo a qual a desconsideração da personalidade é medida excepcional destinada a punir os sócios, superando-se temporariamente a autonomia patrimonial da sociedade para permitir que sejam atingidos os bens das pessoas naturais, de modo a responsabilizá-las pelos prejuízos que, em fraude ou abuso, causaram a terceiros. ***3. Para a aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica exige-se a comprovação de que a sociedade era utilizada de forma dolosa pelos sócios como mero instrumento para dissimular a prática de lesões aos direitos de credores ou terceiros - seja pelo desrespeito intencional à lei ou ao contrato social, seja pela inexistência fática de separação patrimonial -, o que deve ser demonstrado mediante prova concreta e verificado por meio de decisão fundamentada. 4. A mera insolvência da sociedade ou sua dissolução irregular sem a devida baixa na junta comercial e sem a regular liquidação dos ativos, por si sós, não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica, pois não se pode presumir o abuso da personalidade jurídica da verificação dessas circunstâncias.*** *5. In casu, a Corte estadual entendeu que a dissolução irregular da sociedade empresária devedora, sem regular processo de liquidação, configuraria abuso da personalidade jurídica e que o patrimônio dos sócios seria o único destino possível dos bens desaparecidos do ativo da sociedade, a configurar confusão patrimonial. Assim, a desconsideração operada no acórdão recorrido não se coaduna com a jurisprudência desta Corte, merecendo reforma. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido."* (REsp 1526287/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/05/2017, DJe 26/05/2017). Frisei.

E ainda,

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – INVIABILIDADE – INCIDÊNCIA DO ART. 50 DO CC/2002 – APLICAÇÃO DA TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA – INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DESVIO DE FINALIDADE OU DE CONFUSÃO PATRIMONIAL – PRECEDENTES – AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. No caso em que se trata de relações jurídicas de natureza civil-empresarial, o legislador pátrio, no art. 50 do CC de 2002, adotou a teoria maior da desconsideração, que exige a demonstração da ocorrência de elemento objetivo relativo a qualquer um dos requisitos previstos na norma, caracterizadores de abuso da personalidade jurídica, como excesso de mandato, demonstração do desvio de finalidade (ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica) ou a demonstração de confusão patrimonial (caracterizada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação

2 TJSP, RT 657/120.

> *patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas). 2. A mera demonstração de insolvência da pessoa jurídica ou de dissolução irregular da empresa sem a devida baixa na junta comercial, por si sós, não ensejam a desconsideração da personalidade jurídica. Precedentes. 3. Agravo interno a que se nega provimento."* (AgInt no AREsp 472.641/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 21/02/2017, DJe 05/04/2017)

O que se percebe dos autos é que, diante da dúvida quanto a penhora realizada, a exequente/agravada requereu a medida da desconsideração da personalidade jurídica como forma alternativa de ver satisfeito seu crédito, o que foge à adequação da medida, a qual somente pode ser utilizada excepcional e estritamente quando preenchidos os requisitos legais.

Nestes termos, o provimento do recurso com a reforma da decisão que declarou a desconsideração da personalidade jurídica é medida que se impõe, bem como a cassação da liminar que determinou a averbação na matrícula dos imóveis pertencentes ao agravante, da impossibilidade de sua alienação.

Consequentemente, fica rejeitado pedido de condenação do agravante em litigância de má-fé.

Por tudo quanto exposto, conheço do presente agravo de instrumento e dou-lhe provimento para reformar a decisão agravada no sentido de afastar a desconsideração da personalidade jurídica em relação ao sócio Maximino Antonio Scandiuzzi.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 23/06/2020 em face do pedido de vista do Des. Luiz Tadeu, após o relator dar provimento ao recurso. O vogal aguarda.

VOTO (23/06/2020)

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

Pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria posta *sub judice*, e após detida análise do conjunto probatório concluo, assim como o relator, não estar presentes os requisitos necessários para a desconsideração da personalidade jurídica.

Isto porque, a pessoa jurídica Solutech Soluções Tecnológicas para Agricultura e Pecuária Eireli não se trata de empresa individual, mas sim de empresa individual de responsabilidade limitada.

A empresa individual e a empresa individual de responsabilidade limitada não se confundem, uma vez que em relação à primeira, todos os bens pessoais do empresário respondem pelas dívidas da empresa, enquanto que no tocante a segunda, a responsabilidade fica restrita ao valor do capital social integralizado, não atingindo, num primeiro momento, os bens pessoais do empresário.

Neste sentido, a lição de Ricardo Negrão[3] sobre o tema:

> *"(...) com o advento da Lei 12.441, de 11 de julho de 2011, a classificação para o exercício individual da atividade econômica comporta uma subdivisão: (a) os simplesmente denominados empresários individuais, cuja responsabilidade é ilimitada, alcançado todos os seus bens pessoais; (b) as empresas individuais de responsabilidade limitada, de responsabilidade restrita ao valor do capital social integralizado. (...)."*

Assim, percebe-se que efetivamente não há como subsistir o *decisum* combatido, que incluiu a pessoa de *Maximino Antonio Scandiuzzi*, ora agravante, no polo passivo da execução originária, já que o faz com base na premissa de que este se trata de empresário individual que, como vista, é equivocada.

Dispõe o art. 50 do Código Civil:

3 **Manual de direito comercial e de empresa**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 71. v. 1.

> *"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."*

Por outro lado, avaliando o conjunto probatório, tem-se que igualmente não se verifica pertinente a desconsideração da personalidade jurídica na hipótese em comento com fundamento no dispositivo acima transcrito, tendo em vista que a alegação da pessoa jurídica agravada no sentido de que a empresa Solutech Soluções Tecnológicas para Agricultura e Pecuária Eireli teria encerrado irregularmente suas atividades não se revela suficiente para a adoção da referida providência.

Não bastasse isso, a dívida está garantida por penhora, e ainda que o exequente alegue a existência de dúvida acerca da titularidade do bem objeto da constrição, já que em outra ação a parte executada teria alegado que o imóvel pertenceria ao Município de Campo Grande, certo é que também esta situação não se amolda nas hipóteses legais que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica. O simples fato da pessoa jurídica atravessar dificuldades financeiras, por si só, não é situação que autoriza a medida pleiteada pela exequente.

Ora, o art. 50 do Código Civil é claro ao dispor que a desconsideração da personalidade jurídica somente estará autorizada caso existam provas contundentes de que houve desvio de finalidade ou confusão patrimonial, de modo a caracterizar o abuso da personalidade jurídica, sendo certo que, no caso em epígrafe, não há sequer indícios acerca da formação deste contexto fático.

A mera suposição acerca da dissolução irregular, a simples falta de cumprimento de obrigações de pagar ou a dúvida acerca da existência ou não de bens penhoráveis não bastam para a providência solicitada pela parte exequente seja adotada.

É importante que se tenha em mente que não se pode lançar mão da desconsideração da personalidade jurídica de forma indiscriminada, devendo ser respeitas as hipóteses previamente estabelecidas na lei que autorizam sua decretação, mostrando-se imprescindível que situações como a que se analisa neste recurso sejam apreciadas com a máxima cautela, para evitar a banalização da medida.

O seguinte julgado do STJ corrobora esta fundamentação:

> *"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE DEU PROVIMENTO AO APELO EXTREMO – INSURGÊNCIA DA AGRAVADA. (...) 2. Na espécie, o Tribunal de origem, ao consignar inexistirem bens penhoráveis da empresa e concluir ter havido encerramento das atividades, entendeu estarem presentes os requisitos aptos ao deferimento do pleito de desconsideração da personalidade jurídica. 2.1. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica, medida excepcional prevista no artigo 50 do CC, pressupõe a ocorrência de abusos da sociedade, advindos do desvio de finalidade ou da demonstração de confusão patrimonial. 2.2. A mera inexistência de bens penhoráveis ou eventual encerramento irregular das atividades da empresa não enseja a desconsideração da personalidade jurídica. Precedentes. 3. Agravo interno desprovido."* (STJ, AgInt no REsp 1853199/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 11/05/2020, DJe 19/05/2020).

Desta forma, levando em consideração que o *decisum* agravado está fundamentado em premissa equivocada, já que não se trata de empresa individual, mas sim de Eireli, bem como por não bastarem os indícios de encerramento irregular das atividades empresariais, tampouco a dúvida acerca do bem penhorado para que haja a desconsideração da personalidade jurídica, a reforma da decisão é providência impositiva.

Posto isso, acompanho o relator para dar provimento ao agravo de instrumento, para afastar a inclusão do agravante no polo passivo da execução, já que a desconsideração da personalidade jurídica não encontra espaço no caso concreto.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva (1º Vogal).

Acompanho o voto do relator.

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. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 23 de junho de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Vilson Bertelli
Apelação Cível nº 0800472-55.2016.8.12.0047 – Terenos

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – INOVAÇÃO RECURSAL – COMPLEMENTAÇÃO – ISS – SERVIÇOS BANCÁRIOS – HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA PREVISTA NA LEI – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.

Ao alterar na apelação a descrição dos serviços que teriam sido indevidamente tributados, o recorrente incorre em inovação recursal, o que implica supressão de instância e consequente não conhecimento do recurso.

À título de complementação, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o Imposto Sobre Serviços incide sobre as atividades bancárias taxativamente previstas na Lei Federal, porém admite-se interpretação extensiva. Caso em que houve especificação pelo ente público da razão de o serviço prestado ser enquadrado em determinada hipótese legal. Presunção de certeza, liquidez e exigibilidade da CDA (art. 3º da Lei de Execução Fiscal) não afastada pela parte embargante.

Recurso não conhecido.

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, não conheceram do recurso, nos termos do voto do relator. Vencido o 1º Vogal (Des. Nélio Stábile).

Campo Grande, 31 de março de 2020.

Des. Vilson Bertelli

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Banco Bradesco S.A. interpõe apelação cível (f. 497-509) contra sentença (f. 483-490) proferida nos embargos à execução fiscal, apresentados contra Município de Terenos/MS. Os embargos foram rejeitados.

Sustenta, para incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, é indispensável que se aponte a relação entre os fatos geradores e sua respectiva hipótese de incidência na Lista de Serviços. Argumenta que os valores referentes às seguintes verbas não encontram previsão na norma e não implicam efetiva prestação de serviços: tarifa sobre demonstrativo consolidado; movimentação de conta-corrente ativa pessoa física; tarifa sobre serviços de cartão de crédito; tarifa sobre cheque de valor inferior ao compensado; Taxa S/CHQ/DOC.VLR.SUP.ENV., A Compensação (sic); tarifa sem depósito instantâneo com identificação do remetente; tarifa sobre recibo de retirada; tarifa sobre exclusão do ccf (sic); tarifa sobre serviços - 2ª via de extrato; contratação de operação finame; contratação de operação ativa - desconto; contratação de operação ativa; contratação de operação ativa - cheque; contratação de operação ativa conta corrente garantida; e manutenção de contas-correntes inativas.

Contrarrazões às f. 524-538. Sustenta a preliminar de inovação recursal.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Fundamentação

Deve ser acolhida a preliminar de inovação recursal, que acarreta irregular supressão de instância.

O recorrente trouxe lista de tarifas de serviços que teriam sido indevidamente tributados, que sequer foram descritos na inicial. De início, o embargante mencionou as seguintes receitas: 7.1.1.03.00-8/Rendas de Aditamentos a Depositantes; 7110300110/Rendas de Aditamentos a Depositantes; 7.1.1.05.00-6/Rendas de Empréstimos; 7110500211/ Rendas de Empréstimos- Orig- Juros; 7.1.1.10.00-8/Rendas de Títulos Descontados; 7111000110/ Rendas de Títulos Descontados Orig; 7.1.1.45.00-4/Rendas de Financiamentos Rurais - Aplicações Obrig; 7114500110/ Rendas de Financiamentos Rurais - Aplicações Obrig.; 7.1.9.99.00-9/ Outras Rendas Operacionais; 7199900223/Outras Rendas Operacionais - Apropriação Pendências Passivas; e 7199900224/outras Rendas Operacionais.

Por outro lado, no recurso, menciona verbas totalmente distintas, como se percebe do relatado acima.

Logo, o recurso não deve ser conhecido.

À título de complementação, quanto ao mérito, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça[1], o Imposto Sobre Serviços incide sobre as atividades bancárias taxativamente previstas na Lei Federal, porém admite-se interpretação extensiva, conforme natureza congênere da atividade prestada.

Na hipótese, as tarifas mencionadas pelo recorrente correspondem a prestação de serviços que se consideram elencados nos itens 95 e 95[2] do Decreto-Lei 406/68. As atividades realizadas são correspondentes ou relacionadas ao que dispõem referidos itens,

Assim, correta a incidência do Imposto Sobre Serviços, diante da previsão da hipótese de incidência na norma. Portanto, ao contrário do alegado, não foi afastada a presunção de certeza, liquidez e exigibilidade da CDA (art. 3º da Lei de Execução Fiscal), motivo pelo qual deve ser mantida a sentença.

Dispositivo

Ante o exposto, não conheço do recurso de apelação. Com fundamento no art. 85, § 11º, do CPC, majoro os honorários advocatícios devidos ao patrono da parte exequente para 15% sobre o proveito econômico obtido.

O Sr. Des. Nélio Stábile.

VOTO

Peço vênia ao eminente relator para dissentir de seu entendimento e votar de forma divergente.

O apelante Banco Bradesco S/A requer o provimento deste recurso para o fim de reformar sentença do juízo da Vara Única da Comarca de Terenos, que julgou improcedente os Embargos à Execução interpostos pelo apelante. Para isso, sustenta a ilegalidade da exigência do crédito tributário conforme artigo 593 do Código Civil.

1 REsp 121.428/RJ

2 95. Cobranças e recebimentos por conta de terceiros, inclusive direitos autorais, protestos de títulos, sustação de protestos, devolução de títulos não pagos, manutenção de títulos vencidos, fornecimentos de posição de cobrança ou recebimento
e outros serviços correlatos da cobrança ou recebimento (este item abrange também os serviços prestados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central);
96. Instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central: fornecimento de talão de cheques; emissão de cheques administrativos; transferência de fundos; devolução de cheques; sustação de pagamento de cheques; ordens de pagamento e de crédito, por qualquer meio; emissão e renovação de cartões magnéticos; consultas em
terminais eletrônicos; pagamentos por conta de terceiros, inclusive os feitos fora do estabelecimento; elaboração de ficha cadastral; aluguel de cofres; fornecimento de segunda via de avisos de lançamento de extrato de contas; emissão de carnês (neste item não está abrangido o ressarcimento, a instituições financeiras, de gastos com portes do Correio, telegramas, telex e teleprocessamento, necessários à prestação dos serviços).

Alega, também, que as diligências internas são realizadas pela instituição financeira em proveito próprio, sem qualquer fim econômico, salvo a realização do contrato de operação de crédito. Como se observa, essas providências garantem a eficiência da operação de crédito, ao passo que pretender tributá-la é onerar o mesmo evento pela incidência do IOF e do ISS, o que é absolutamente vedado. Desta forma, pretender enquadrar como serviço as rubricas autuadas, como pretende a Municipalidade, não é legal ou constitucional.

Afirma, por último, que as receitas que o magistrado singular entendeu correta a incidência do ISSQN não se trata de prestação de serviço, portanto não são passíveis de cobrança do tributo, não estão relacionadas na legislação específica que prevê a cobrança de referido tributo ou, ainda, são receitas que se sujeitam a cobrança de IOF.

Sobre o tema, tenho o entendimento que a Lista de Serviços da Lei é taxativa; tratando-se de tributo, a lei deve ser literal e estrita, ou seja, prever exatamente a hipótese de incidência. Assim, não é concebível interpretação extensiva de fato gerador de tributo. Ainda, como a legislação sobre sistema financeiro é competência exclusiva da União, nenhum Município e ou Estado poderia estabelecer ou interpretar hipóteses.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao presente recurso, nos termos da petição inicial e do recurso, para o fim de reformar sentença combatida exonerando o apelante da exigibilidade dos créditos referentes às CDAS nº 008/2016, 009/2016 e 010/2016 em razão da ilegalidade de origem e consequente nulidade..

É como voto.

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, não conheceram do recurso, nos termos do voto do relator. Vencido o 1º vogal (Des. Nélio Stábile).

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

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, 31 de março de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Vilson Bertelli
Apelação Cível nº 0808630-35.2019.8.12.0002 – Dourados

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – CONTRATO BANCÁRIO – APROPRIAÇÃO DE SALÁRIO PARA SATISFAÇÃO DE EMPRÉSTIMO – IMPOSSIBILIDADE – *QUANTUM* COMPENSATÓRIO MANTIDO.

É ilegal a apropriação do salário, depositado em conta-salário, para a satisfação de empréstimo.

O *quantum* compensatório por dano moral tem de ser razoável e proporcional ao poder econômico-financeiro do ofensor, à sua culpabilidade e ao grau do dano, de forma a não se tornar inexpressivo e insignificante, escapando à sua função punitiva e pedagógica. Valor mantido.

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

Campo Grande, 19 de maio de 2020.

Des. Vilson Bertelli

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Banco do Brasil S/A interpõe recurso de apelação, f. 227-234, contra sentença determinando o desbloqueio de valores depositados em conta salário, a fim de possibilitar o saque integral pelo requerente e condenar o réu ao pagamento de R$ 10.000,00 a título de danos morais, com juros de mora de 1% ao mês desde a data do evento danoso (Súmula n.º 54 do STJ) e correção monetária pelo IGPM-FGV a partir do registro da sentença, ou seja, da data do arbitramento (Súmula n.º 362 do STJ). Julgou improcedente o pedido de devolução em dobro, nos termos do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor. Diante da sucumbência recíproca, condenou o réu ao pagamento de 80% das custas, despesas processuais e fixou honorários de advogado aos patronos do autor por equidade em R$ 1.000,00, com fulcro no artigo 85, § 8.º, do CPC. Como o autor sucumbiu quanto à restituição em dobro, condenou o autor ao pagamento de 20% das custas, despesas processuais e fixo honorários de advogado aos patronos do réu por equidade em R$ 1.000,00, com fulcro no artigo 85, § 8.º, do CPC.

Sustenta se tratar de situação de mero aborrecimento, motivo pelo qual não seria cabível sua condenação por danos morais. Subsidiariamente, pretende a redução do valor da condenação.

Contrarrazões às f. 240-241.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de demanda de compensação por danos morais contra o Banco do Brasil S/A, em razão do bloqueio de valores da sua conta salário para pagamento de parcelas de empréstimo, a lhe privar do mínimo existencial, fato ensejador de danos morais.

O extrato bancário juntado à f. 19, o demonstrativo de evolução de dívida de f. 101-104 e os extratos de conta corrente de f. 105-153 e 154-178 apresentados pelo réu demonstram a retenção dos valores e condicionamento do saque à prévia quitação de parcelas em atraso.

Nessa situação, ao contrário do sustentado pelo recorrente, não se trata de hipótese de mero aborrecimento. Conforme o Superior Tribunal de Justiça, é ilegal a apropriação do salário, depositado em conta-corrente, para a satisfação de saldo negativo existente na sua conta, cabendo a esta a satisfação do crédito por meio de cobrança judicial. Por isso, como na hipótese se trata de apropriação do salário, depositado em conta-salário, para a satisfação de empréstimo, correta a condenação por danos morais:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – CONTRATO BANCÁRIO – DESCONTO EM CONTA-CORRENTE – IMPOSSIBILIDADE – VALOR FIXADO A TÍTULO COMPENSATÓRIO – PROPORCIONALIDADE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Nos termos da jurisprudência do STJ, é ilegal a apropriação do salário, depositado em conta-corrente, para a satisfação de saldo negativo existente na sua conta, cabendo a esta a satisfação do crédito por meio de cobrança judicial. Precedentes.*
>
> *2. O entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça é de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. Desse modo, não se mostra desproporcional a fixação em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de reparação moral, decorrente das circunstâncias específicas do caso concreto, motivo pelo qual não se justifica a excepcional intervenção desta Corte no presente feito, como bem consignado na decisão agravada.*
>
> *3. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg nos EDcl no AREsp 429.476/RJ, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 18/09/2014, DJe 03/11/2014)

A sentença condenou a ré ao pagamento de compensação por danos morais em R$ 10.000,00.

A compensação por dano moral é arbitrada por equidade pelo magistrado, por não existir lei regulamentando a forma de fixar o valor. Deve-se encontrar uma quantia que sirva de punição ao infrator e possa outorgar à vítima uma satisfação qualquer, mesmo que de cunho material. Esse valor não pode ser tão baixo que seja irrelevante ao condenado e nem tão alto a ponto de ocasionar o enriquecimento sem causa do beneficiário.

O ideal é que o valor seja suficiente para compensar os abalos suportados pelo ofendido e, ao mesmo tempo, a inibir a reiteração da conduta ilícita perpetrada.

Considerando a força econômico-financeira da ofensora, a extensão razoável dos danos causados e o caráter pedagógico da condenação, revela-se como justo e coerente a manutenção do valor em R$ 10.000,00 (dez mil reais), suficiente para recompensar o desconforto sofrido, sem caracterizar um prêmio indevido à vítima ou a impossibilidade de a ré cumprir a obrigação ora imposta.

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao recurso. Com fundamento no § 11 do art. 85 do CPC, majoro os honorários advocatícios anteriormente fixados para R$ 2.000,00.

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. Marco André Nogueira Hanson.

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, 19 de maio de 2020.

***

2ª Câmara Cível
Relator Des. Vilson Bertelli
Apelação Cível nº 0800416-91.2017.8.12.0045 – Sidrolândia

EMENTA – ADMINISTRATIVA – RECURSOS – DIRECIONAMENTO DE LICITAÇÃO NA MODALIDADE CONVITE A IRMÃO DE MEMBRO DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL – FRUSTRAÇÃO DA LICITUDE DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – ATO ENSEJADOR DE DANO AO ERÁRIO (ART. 10, VIII, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA) E ATENTADOR AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 11, *CAPUT*, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA) – ART. 28 DA LINDB – NÃO REVOGAÇÃO DO ART. 10 DA LEI N. 8.429/92 – SANÇÕES MANTIDAS.

Configura-se ato de improbidade administrativa causador de dano ao erário (art. 10, VIII, da Lei n. 8429/92) e atentado contra os princípios da Administração Pública (art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/92) a frustração da licitude de processo licitatório com o direcionamento específico do resultado em favor de um dos réus, irmão do membro da Comissão Permanente de Licitação da Câmara Municipal, responsável pela solicitação de abertura do procedimento.

O art. 28 da LINDB, com a redação dada pela Lei n. 13.655/18, não implicou na revogação do art. 10 da Lei n. 8.429/92. Além do alcance subjetivo diverso, eventual conflito aparente de normas é solucionado com base no critério da especialidade, segundo o qual: *"A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior."*(Art. 2º, § 2º da LINDB).

As cominações previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/91 podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato. Manutenção da cumulação das sanções ante a gravidade do ato.

Recursos conhecidos e não providos.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 9 de junho de 2020.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Ademir Mico Camilo, David Moura de Olindo, Jurandir Camilo de Azevedo, Jairo André Pacheco Ferreira e Luiz Carlos Alves da Silva interpõem recursos de apelação (f. 766-773 e 774-791) contra sentença (f. 749-758) de procedência dos pedidos formulados em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Os réus foram condenados solidariamente a reparar o dano causado ao Município de Sidrolândia, promovendo a devolução integral da quantia recebida

por força do Convite 001/2015, corrigido monetariamente a partir do desembolso e com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. Ainda, foi determinada a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 anos e a 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, também pelo prazo de 05 anos.

Ademir Mico Camilo sustenta inexistência de prejuízo ao erário, bem como ausência de afronta ao princípio da impessoalidade. Aduz a total legalidade do procedimento licitatório, consoante art. 9º, inciso III, da Lei n. 8.666/93. Alega ausência de clareza na aplicação das sanções e assevera que o art. 10 da Lei n. 8.429/92 foi revogado pelo art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

David Moura de Olindo, Jurandir Camilo de Azevedo, Jairo André Pacheco Ferreira e Luiz Carlos Alves da Silva afirmam a não caracterização do ato de improbidade. Asseveram não ter ficado comprovado o direcionamento da licitação. Subsidiariamente, pontuam que a condenação à devolução integral dos valores recebidos, a suspensão dos direitos políticos e o impedimento de contratar com o Poder Público é desproporcional e não foi devidamente fundamentado.

Contrarrazões às f. 801-815.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e não provimento dos recursos às f. 827-843.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Ademir Mico Camilo, David Moura de Olindo, Jurandir Camilo de Azevedo, Jairo André Pacheco Ferreira e Luiz Carlos Alves da Silva interpõem recursos de apelação (f. 766-773 e 774-791) contra sentença (f. 749-758) de procedência dos pedidos formulados em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul. Os réus foram condenados solidariamente a reparar o dano causado ao Município de Sidrolândia, promovendo a devolução integral da quantia recebida por força do Convite 001/2015, corrigido monetariamente a partir do desembolso e com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação. Ainda, foi determinada a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 anos e a 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, também pelo prazo de 05 anos.

Fundamentação

O Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra David Moura de Olindo, Jurandir Camilo Azevedo, Ademir Mico Camilo, Luiz Carlos Alves da Silva e Jairo Pacheco Ferreira, ante a contratação de advogado para a prestação de serviços de advocacia e assessoria jurídica à Câmara Municipal de Sidrolândia, por meio de licitação na modalidade convite.

Alegou que David Moura de Olindo exerceu cargo de Presidente da Câmara Municipal de Sidrolândia entre 2015 e 2016, período em que autorizou e homologou a licitação, bem como firmou contrato com o advogado vencedor, Ademir Mico Camilo, irmão de Jurandir Camilo Azevedo, Secretário Geral da Administração da Câmara Municipal, membro da Comissão Permanente de Licitação e responsável pela solicitação de abertura do processo licitatório.

Ainda, narrou que Luiz Carlos Alves da Silva e Jairo André Pacheco Ferreira integraram a Comissão de Licitação e, dessa forma, concorreram para fraudar a licitação e permitir que a contratação irregular fosse efetivada.

Assim, pugnou pela declaração de nulidade da contratação de Ademir Mico Camilo, bem como postulou a condenação solidária dos réus ao ressarcimento aos cofres públicos de todos os valores despendidos com a referida contratação, além da condenação de todos pela prática dos atos de improbidade previstos nos artigos 10 e 11 da Lei n.8.429/92, com a aplicação das sanções dispostas no art. 12, incisos II e III, da Lei n. 8.429/92.

Ante a similitude das matérias devolvidas, passo à análise conjunta dos recursos interpostos.

Quando se trata de responsabilização por ato de improbidade administrativa, é inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei n. 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.

Nesse contexto, a lesão ao erário decorrente de frustração da licitude de processo licitatório, prevista no inciso VIII do art. 10 da LIA pressupõe culpa na conduta:

> *"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:*
>
> *(...)*
>
> *VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente."*

A frustração da licitude do processo licitatório está evidenciada. Isso porque Jurandir Camilo Azevedo, membro da Comissão Permanente de Licitação solicitou ao Presidente da Câmara Municipal de Sidrolândia, David Moura de Olindo, a abertura de processo licitatório para contratação de advogado ou escritório de advocacia para a prestação de serviços de consultoria e assessoria jurídica (f. 41).

É válido salientar que a Câmara Municipal de Sidrolândia já contava com assessoria jurídica, que inclusive emitiu diversos pareceres sobre o processo licitatório em análise (f. 72-73, 108-109 e 192-195), todavia, a justificativa apresentada por Jurandir Camilo Azevedo para a contratação de advogado se resumiu na afirmação genérica de que *"esta Câmara Municipal não possui assessor jurídico e pela complexidade das ações envolvidas, e também para que consiga realizar todas as tarefas jurídicas necessárias ao andamento deste Legislativo Municipal, bem como consiga que este órgão público tenha uma melhor prestação de todos os serviços jurídicos possível, sendo necessária a cooperação externa para a consecução de maneira mais eficiente e econômica das responsabilidades jurídicas (f. 41)."*

Com isso, foi formalizado o Convite n. 001/2015 (f. 51-71), em que Ademir Mico Camilo, irmão de Jurandir Camilo Azevedo, foi classificado em primeiro lugar ao apresentar o menor preço para o objeto da licitação dentre os concorrentes, Kennedi Mitrioni Forgiarini e Magno Fernando Garcia de Brito, resultado homologado por David de Moura Olindo (f. 112), apesar da relação de parentesco citada.

Imperioso destacar que Magno Fernando Garcia de Brito, controlador interno da Câmara Municipal de Sidrolândia, no procedimento administrativo instaurado para apurar a necessidade de restituição da quantia recebida por Ademir Mico Camilo, se manifestou pela não devolução dos valores ao erário, sob o fundamento de que não houve fraude no processo licitatório (f. 310).

Ainda, como informou a representante do Ministério Público Estadual à f. 11 da inicial, Kennedi Mitrioni Forgiarini atuou como Secretário de Administração de Sidrolândia no ano de 2013, dois anos antes da data da licitação em análise e, logo após esse período, tornou-se vereador do Município de Sidrolândia, em 2016.

Desse modo, é possível inferir que ambos contribuíram para o direcionamento do certame em favor de Ademir Mico Camilo, dada a proximidade e o envolvimento com os membros da Casa de Leis do Município.

É certo também que o parentesco entre Jurandir Camilo Azevedo e Ademir Mico Camilo era de conhecimento dos demais integrantes da Comissão de Licitação, Jairo André Pacheco Ferreira e Luiz Carlos Alves da Silva, este Presidente da Comissão de Licitações da Câmara Municipal de Sidrolândia, os quais, portanto, colaboraram para a frustração da licitude do procedimento licitatório, causador de dano ao erário.

Aliás, consoante recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, na hipótese do inciso VIII do art. 10 da LIA, o dano ao erário é inerente, ou seja, *in re ipsa* à conduta descrita na lei, pois o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta ante a conduta dos réus:

> *"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ILEGALIDADE EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS – ARTS. 10, 11 E 12, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/1992 – CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA E PROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO – IMPOSSIBILIDADE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – SÚMULA 7/STJ.*
>
> *1. Cuida-se de inconformismo contra acórdão do Tribunal de origem que condenou o recorrente às sanções dos art. 10, incisos II e VIII, e 11, caput e inciso I, da Lei 8.429/1992.*
>
> *2. Constata-se que não se configura a alegada ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou, de maneira amplamente fundamentada, a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado.*
>
> *3.* ***O STJ entende que frustrar a legalidade de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente configura ato de improbidade que causa prejuízo ao erário, ainda que esse prejuízo não possa ser quantificado em termos econômicos, para ressarcimento. Não se pode exigir a inequívoca comprovação do dano econômico causado pela conduta ímproba, pois nessas hipóteses específicas do art. 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 1.512.393/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27/11/2015.***
>
> *4. A configuração da conduta do art. 10 da LIA exige apenas a demonstração da culpa do agente, não sendo necessária a comprovação de dolo (AgRg no REsp 1.167.958/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 11/12/2017).*
>
> *5. Outrossim, nos termos da jurisprudência do STJ, o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico.*
>
> *6. No enfrentamento da matéria, o Tribunal de origem lançou os seguintes fundamentos (1.647-1.650, e-STJ, destaquei): Extrai-se da inicial que houve o procedimento licitatório n° 01/2007 para a permissão de uso do matadouro público municipal e suas instalações pelo prazo máximo de 12 meses, com pagamento anual de R$15.000,00. Ocorre que o edital era genérico, prevendo critério subjetivo de julgamento consistente na verificação de 'vantagem lícita para a administração pública que seria analisada pela comissão de licitação' (f. 54). Assim, o Tribunal de Contas do Estado suspendeu liminarmente a licitação e, ao mesmo tempo, populares impetraram um mandado de segurança requerendo a suspensão do ato (f. 66-68), o que levou a Municipalidade editar o Decreto n° 19/2007 (f. 107) revogando a Permissão de Uso, levando extinção do mandamus pela perda de objeto. Houve, então, a edição do Decreto n° 20/07 concedendo a permissão de uso à empresa KRB Micuci Carnes ME, sem licitação, motivando novo mandado de segurança (f. 69) que resultou novamente em revogação do ato por meio do Decreto n° 24/07, novamente com a perda de objeto do mandamus. Verificou-se, no entanto, que, embora o edital exigisse regularidade constitutiva e fiscal, com comprovação de inscrição no cadastro da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, a empresa permissionária não foi localizada no endereço constante no Decreto*

n° 20/07. Em outra civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face do então Prefeito Aparecido Donizete Martelli, da KRB Micuci Carnes ME e Kleber Roberto Batista Micuci, representante da empresa, os demandados atribuíram culpa exclusiva ao Réu desta ação, apontando ser o Sr. Maximiano Carvalho, assessor jurídico da Municipalidade, o mentor intelectual dos atos administrativos. (...) tendo em vista tratar-se do mesmo ato e existindo a responsabilidade de todos os envolvidos no cometimento do ato reputado como ímprobo, em observância aos princípios da proporcionalidade e isonomia, as sanções a serem aplicadas devem ser as mesmas ao réu da presente ação.

7. Observa-se que o órgão julgador decidiu a questão após percuciente análise dos fatos e das provas relacionados à causa, sendo certo asseverar que, na moldura delineada, infirmar o entendimento assentado no aresto esgrimido passa pela revisitação ao acervo probatório, vedada em Recurso Especial, consoante a Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, que assim estabelece: a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

8. Na sequência, aduziu o recorrente que o acórdão objurgado contrariou as disposições do art. 12, parágrafo único, da Lei 8.429/1992, ao argumento de que a pena aplicada seria desproporcional à gravidade do ato ímprobo.

9. Nesse contexto, nos termos da jurisprudência do STJ, a revisão da dosimetria das sanções aplicadas em ações de improbidade administrativa envolve o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, também obstado pela Súmula 7/STJ.

10. Recurso Especial conhecido parcialmente, apenas em relação à preliminar de violação do art. 1.022 do CPC/2015, e, nessa parte, não provido." (STJ, REsp 1808976 / SP, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 01/10/2019, DJe: 11/10/2019). G.n.

"AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INDEVIDA DISPENSA DE LICITAÇÃO – DANO IN RE IPSA – DOSIMETRIA – DESPROPORCIONALIDADE EVIDENCIADA – AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL CONHECIDO PARA CONHECER E DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

I - Trata-se, na origem, de ação civil por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal, sustentando, em síntese, que o réu, então Prefeito de Juazeirinho, utilizando recursos federais do Programa de Atenção Integral à Família, realizou a contratação direta, sem o regular procedimento de dispensa de licitação, do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial - SENAI para, por meio do Centro de Inovação e Tecnologia Industrial, prestar cursos profissionalizantes. Assim, praticou o réu atos ímprobos previstos nos arts. 10, IX e XI, e 11, caput, I e II, da Lei n. 8.418/1992.

II - Por sentença, foi julgado procedente o pedido inicial para condenar o réu à suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de oito anos, ao ressarcimento integral do dano e à perda da função pública, interpondo o réu recurso de apelação. Por unanimidade, a Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região deu parcial provimento ao apelo. Os embargos de declaração opostos pelo autor contra o acórdão não foram providos. Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs recurso especial. Inadmitido o recurso especial pelo Tribunal de origem, adveio a interposição de agravo, a fim de possibilitar a subida do recurso.

III - Agravo em recurso especial que não encontra em seu caminho nenhum dos óbices do art. 253, parágrafo único, I, do RISTJ. Julgamento do agravo conjuntamente com o recurso especial.

IV - Para caracterização dos atos de improbidade administrativa descritos no art. 10 da Lei n. 8.429/1992, é indispensável a comprovação da lesão ao erário, exceto nas hipóteses específicas do inciso VIII do referido dispositivo, nas quais se enquadra o caso em comento, uma vez que o prejuízo é presumido (in re ipsa). Precedentes: REsp

n. 1.718.916/BA, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/9/2019, DJe 11/10/2019; AgInt no AREsp n. 416.284 / MG, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 6/8/2019, DJe 8/8/2019; e AgInt no REsp n. 1.537.057/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 9/4/2019, DJe 20/5/2019.

V - Se além de indevidamente dispensar a licitação, também descumpriu as solicitações judiciais e extrajudiciais de acesso à documentação relativa aos procedimentos licitatórios realizados sob sua gestão, conforme delineado no acórdão recorrido, é preciso valorar a conduta de forma mais reprovável, infligindo ao agente as sanções cumuladas que a lei lhe reserva, como fez o juiz sentenciante.

VI - Recurso de agravo conhecido para conhecer e dar provimento ao recurso especial para o fim de condenar o réu pela prática do ato de improbidade descrito no art. 10, VIII, da Lei n. 8.429/1992 e, incidindo as penas do art. 12, II, do referido diploma legal, reestabeler as sanções fixadas na decisão de primeiro grau." (STJ, AREsp 1507319 / PB, Relator Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 05/03/2020, DJe: 10/03/2020). (G.n.)

Paralelamente, também ficou demonstrado o dolo genérico (consciência e vontade do agente praticar os elementos objetivos do tipo), para a caracterização da conduta descrita no art. 11, *caput*, da LIA, segundo o qual:

"Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...)."

O Presidente da Câmara Municipal e os membros da comissão de licitação tinham o dever de observar os princípios que regem a atuação da Administração Pública, consignados no art. 37 da Constituição Federal.

Nessa circunstância, o conluio dos réus para direcionar o resultado da licitação em favor do irmão do membro da comissão de licitação vai de encontro com o princípio da impessoalidade e da moralidade, ante o desrespeito ao interesse coletivo.

A impessoalidade, no aspecto do atendimento ao interesse público, proíbe que o agente faça uso de sua função para satisfazer interesses pessoais, como beneficiar determinada pessoa ao indica-la para celebração de contrato junto à Administração, frustrando a licitude de procedimento licitatório.

A moralidade administrativa exige a ação ética da Administração Pública, mesmo nos casos em que haja lacuna ou ausência de disciplina legal. Por isso, sem razão o argumento contido nas razões recursais sobre a falta de disposição legal que impeça a contratação efetivada pelos réus.

A propósito, por meio da interpretação extensiva do art. 9º, inciso III e § 3º, da Lei n. 8.666/93[1], tem-se que é vedada a participação em certame de parentes de servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Nesse sentido:

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – MÉRITO – CONTRATAÇÃO DE EMPRESA QUE POSSUI VÍNCULO DE PARENTESCO COM PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO – CARACTERIZAÇÃO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVO PREVISTO NO ART. 11, CAPUT, DA LEI 8.429/92 – ELEMENTO SUBJETIVO PRESENTE

1Art.9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:
(...)
III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.
(...)
§ 3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

> *– SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. Não há que se falar em nulidade da sentença por cerceamento de defesa em virtude do julgamento antecipado da lide se as provas constantes dos autos mostram-se suficientes ao deslinde da controvérsia, e a prova testemunhal requerida não teria o condão de alterar o resultado da demanda.* ***A participação de empresa na licitação e a sua consequente contratação, afronta, por interpretação analógica, o disposto no art. 9º, III, da Lei nº 8.666/93, pois quem presidiu a licitação foi seu filho, o qual detinha informações privilegiadas, ofendendo os princípios da igualdade, moralidade e impessoalidade previstos no art. 11, caput, da Lei 8.429/92.****"* (TJMS. Apelação Cível n. 0800529-88.2015.8.12.0021, Três Lagoas, 3ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Eduardo Machado Rocha, j: 07/03/2017, p: 07/03/2017). (G.n.)

Por isso, mantém-se a condenação dos réus por ato de improbidade administrativa, dispostos no art. 10, VIII e art. 11, *caput*, ambos da Lei n. 8.429/92.

Quanto às sanções, a sentença apresentou de maneira clara e fundamentada a imposição das penalidades.

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.

Os apelantes foram condenados com fundamento no art. 10 e 11 da Lei n. 8.429/92, nas sanções de ressarcimento integral do dano, suspensão dos direitos políticos pelo período de 05 anos e a 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, também pelo prazo de 05 anos.

A decisão embasou as sanções cominadas no inciso II do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, que 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:*
>
> *(...)*
>
> *II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos."*

A recomposição do dano patrimonial, a rigor, independe da caracterização do ato de improbidade administrativa. Por isso, a reparação dos danos, em seus aspectos intrínsecos, não representa uma punição para o ímprobo, pois visa repor o *status quo*. O art. 5º da Lei n. 8.429/92 dispõe:

> *"Art. 5° Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano."*

Ademais, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, nos casos de improbidade administrativa por dano ao erário, é necessária a determinação de devolução dos valores acompanhada de ao menos uma das sanções previstas no art. 12 da LIA, veja-se:

> *"ADMINISTRATIVO – ATO DE IMPROBIDADE – VERBA REPASSADA PELO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS – CARACTERIZAÇÃO DA PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO – CONDUTA QUE SE ENCAIXA NO ART. 5º, CAPUT, E IMPLICA NA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NO ART. 12, INCISO III, AMBOS DA LEI 8.429/92 – NECESSIDADE DE RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO AO ERÁRIO.*

I - Na origem, trata-se de ação civil pública por improbidade administrativa proposta pelo Município de Pedra Branca do Amapari em desfavor da ex- gestora Municipal.

II - Sustenta-se, em síntese, que a recorrentes deixou de prestar contas das verbas federais repassadas pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento na Educação referente ao Programa Nacional de Apoio ao Transporte Escolar. III - Por sentença, julgou-se parcialmente procedente o pedido da ação civil pública por improbidade administrativa, para o fim de condenar a acusada a perda da função pública, suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 3 (três) anos, pagamento de multa civil no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais), proibição de contratar com o Poder Público pelo prazo de 3 (três) anos.

IV - Em sede de recurso de apelação, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região manteve a sentença.

V – Fundamento fático bem delineado no acórdão recorrido. Hipótese de reenquadramento jurídico dos fatos. Afastamento da Súmula 7 como óbice para o conhecimento do recurso especial do Ministério Público Federal. Precedentes: AgInt no AREsp 824.675/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 29/8/2016, DJe 2/2/2017 e REsp 1245765/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28/6/2011, DJe 3/8/2011.

*VI - **Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações (REsp 1.184.897/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 27/4/2011).***

VII - Caracterizada a necessidade de ressarcimento integral do prejuízo, mesmo que presumido, ao erário.

VIII - Há se reformar, assim, o acórdão recorrido para reconhecer a violação ao art. 5º e determinar a aplicação das sanções previstas no art. 12, III, ambos da Lei 8.429/92.

IX- Agravo interno provido." (STJ, AgInt no AREsp 1200672/AP, Relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 14/08/2018, DJe 20/08/2018). (G.n.)

Com isso, considerando que o ressarcimento dos valores ao erário não representa uma sanção, e as penalidades de suspensão dos direitos políticos 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, foram fixadas no mínimo legal, não se verifica a alegada aplicação desproporcional das sanções.

As penas impostas estão de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, motivo pelo qual não devem ser alteradas.

Por fim, a afirmação de que o art. 10 da Lei n. 8.429/92 foi revogado pelo art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB[2] não merece prosperar.

O alcance subjetivo da norma não é aplicável a todo agente público, pois o supramencionado dispositivo refere-se apenas aos agentes públicos que praticam atos decisórios ou emitem opiniões técnicas, diferente do caso em tela.

Ainda, há incompatibilidade entre os citados dispositivos, ante a exigência de dolo ou erro grosseiro (art. 28 da LINDB) e a simples incidência de culpa (art. 10 da LIA).

De toda forma, eventual conflito aparente de normas é solucionado com base no critério da especialidade, pois, de acordo com o § 2º do art. 2º da LINDB: *"A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior."*

2 Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

Assim, a Lei n. 13.655/18, que incluiu a previsão contida no art. 28 da LINDB, não revogou o art. 10 da LIA.

Dispositivo

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento aos recursos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

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, 9 de junho de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva
Remessa Necessária Cível nº 0810339-11.2019.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – APREENSÃO DE MERCADORIAS COMO MEIO DE COAÇÃO DA IMPETRANTE AO PAGAMENTO DE TRIBUTO – ILEGALIDADE – CONFRONTO COM A SÚMULA N. 323, DO STF – SENTENÇA MANTIDA.

É ilegal a apreensão de mercadorias visando coagir o contribuinte a pagar obrigação tributária, pois consiste em medida auto-executória da Administração Pública, circunstância repelida pela jurisprudência dominante nos tribunais superiores, nos termos da Súmula nº 323 do Supremo Tribunal Federal.

Sentença ratificada.

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

Campo Grande, 31 de março de 2020.

Des. Vladimir Abreu da Silva

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

O Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande submete a reexame necessário a sentença prolatada nos autos do mandado de segurança impetrado por Hudson Jorraines de Andrade Dias em desfavor do Superintendente de Administração Tributária do Estado de Mato Grosso do Sul - SAT, cuja sentença concedeu a segurança *"para ratificar a medida liminar, e determinar a liberação das mercadorias apreendidas constante no Termo de Apreensão n. 001002039, devendo as mercadorias ficarem retidas, somente, o tempo suficiente para lavratura do Termo de Verificação Fiscal."*

As partes não interpuseram recurso voluntário.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do recurso.

VOTO

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

O Juízo da 1ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Campo Grande submete a reexame necessário a sentença prolatada nos autos do mandado de segurança impetrado por Hudson Jorraines

de Andrade Dias em desfavor do Superintendente de Administração Tributária do Estado de Mato Grosso do Sul - SAT, cuja sentença concedeu a segurança *"para ratificar a medida liminar, e determinar a liberação das mercadorias apreendidas constante no Termo de Apreensão n. 001002039, devendo as mercadorias ficarem retidas, somente, o tempo suficiente para lavratura do Termo de Verificação Fiscal."*

O art. 139 do Decreto nº 9.203/98, que regulamenta o ICMS, dispõe que:

> *"Art. 139. Considera-se* ***apreensão*** *o procedimento administrativo formal, efetuado por agente do Fisco, tendente a* ***coibir ou provar a fraude ou a sonegação fiscais, ou corrigir procedimentos do contribuinte****, por meio de retenção compulsória de bens ou mercadorias encontrados em desacordo com a legislação tributária."* (Grifei).

O ato abusivo não é a cobrança de tributo mas a apreensão ilícita das mercadorias com o fito de que se recolha o valor pretendido pela autoridade.

A autoridade fiscal deve mesmo exigir os créditos que entende devidos, mas deve fazê-lo usando dos meios que a lei disponibiliza que, diga-se de passagem, são superiores aos do contribuinte, sendo que a estes não se pode negar o direito ao devido processo legal, ao contraditório, tampouco, ao direito de propriedade.

A retenção da mercadoria, só se mostra correta pelo prazo necessário à identificação do sujeito passivo e para a tomada de medidas necessárias à adoção do procedimento fiscal adequado.

Inadmissível é que a autoridade fiscal se valha de dispositivo regulamentar, que não possui amparo legal, para manter a mercadoria em seu poder, até o recolhimento do tributo.

A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de coibir a prática desse ilícito pelo Poder Público, a teor dos seguintes julgados:

> *"AGRAVO REGIMENTAL – APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO – RECURSOS CUJO SEGUIMENTO FORA NEGADO, DE PLANO, AO FUNDAMENTO DE SEREM MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTES – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM E DE SENTENÇA COM CARÁTER NORMATIVO – CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA –* ***ALEGAÇÃO DE LEGALIDADE DA APREENSÃO DE MERCADORIAS PELO FISCO, PARA COMPELIR CONTRIBUINTE A RECOLHER TRIBUTOS DEVIDOS – CONFRONTO COM A SÚMULA Nº 323, DO STF*** *– RECURSOS IMPRÓVIDOS.*
>
> *Evidenciam-se manifestamente improcedentes apelação e reexame necessário contra sentença prolatada em mandamus, que concluiu pela liberação de mercadorias apreendidas pelo Fisco Estadual, independentemente de pagamento prévio de tributo, e que este se abstivesse de tal prática para evitar-se repetição de segurança[1]."* (G.n.)
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – APREENSÃO DE MERCADORIA PELO FISCO – NULIDADE DA SENTENÇA – INÉPCIA DA INICIAL – PRELIMINARES REJEITADAS – LEGITIMIDADE PASSIVA DAS AUTORIDADES APONTADAS COMO COATORAS – MEDIDA COERCITIVA PARA FORCAR O PAGAMENTO DO TRIBUTO – ILEGALIDADE – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Não é nula a sentença em que o juiz, de oficio corrige inexatidão material, nos termos do art. 463, I, do Código de Processo Civil.*
>
> *Efetuada a emenda da inicial, ainda que após o prazo de dez dias, não se justifica o seu indeferimento.*
>
> *Se o próprio Estado, atribui ao contribuinte e destinatário da mercadoria apreendida, a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributaria, e ele, consequentemente, parte legitima para impetrar o mandamus.*

1 AgReg.Em Apel.Civel N.2001.008429-5/0002.00-Rel. Des.Ildeu de Souza Campos-j.5/3/2002

> ***É ilegal a apreensão de mercadorias pelo Fisco, como meio coercitivo, para pagamento de tributos***[2]*."* (G.n.)

Assim também no Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> *"TRIBUTÁRIO – IMPORTAÇÃO – RETENÇÃO DE MERCADORIA COMO MEIO COERCITIVO PARA O PAGAMENTO DE TRIBUTO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 323/STF. I - A retenção de mercadorias como meio coercitivo para o pagamento de tributos é providência ilegal, rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Súmulas n.ºs 70, 323 e 547/STF. II. Agravo regimental improvido*[3]*."*

A seu turno, a jurisprudência no Supremo Tribunal Federal é pacífica a respeito, tanto que restou sumulada, com o seguinte teor:

> *"323. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos."*

Portanto, restando evidente a ilegalidade e abusividade do ato tido como coator, a manutenção da concessão da segurança no presente caso é medida que se impõe.

Ante o exposto e, de acordo com o parecer, conheço do reexame necessário e ratifico integralmente a sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 31 de março de 2020.

***

2 Apel.Civel – Classe B – XXI, 638404 – Rel. Des. Claudionor M. Abss Duarte – j. 10/3/199

3 Resp n. 513.543/PR, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 15/9/2003, p. 141

4ª Câmara Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva
Apelação Cível nº 0002334-75.2011.8.12.0013 – Jardim

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE NULIDADE DE TESTAMENTO E OUTROS ATOS JURÍDICOS – TEMPESTIVIDADE – PAGAMENTO DO PREPARO EFETUADO NO DIA ÚTIL SEGUINTE, QUANDO A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO OCORREU APÓS O ENCERRAMENTO DO EXPEDIENTE BANCÁRIO – POSSIBILIDADE – NULIDADE DA SENTENÇA – SÚMULA 484 DO STJ – PRELIMINAR REJEITADA – TESTADOR – INCAPACIDADE NÃO COMPROVADA – REQUISITOS ESSENCIAIS DO TESTAMENTO PÚBLICO DEVIDAMENTE PREENCHIDOS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Segundo a Súmula n. 484 do STJ: *"Admite-se que o preparo seja efetuado no primeiro dia útil subsequente, quando a interposição do recurso ocorrer após o encerramento do expediente bancário."*

Há de se lembrar que o juiz é o destinatário das provas e, como tal, cabe-lhe decidir acerca da necessidade e pertinência da realização de novas provas, indeferindo aquelas que julgar desnecessárias, mormente quando já firmou seu convencimento por aquelas contidas nos autos.

O art. 1.860 do CC estabelece que *"além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento."*

Não comprovada a incapacidade do testador e tendo sido preenchidos os requisitos essenciais estabelecido no art. 1.864 do CC, não há falar em nulidade do testamento público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por unanimidade, conheceram do recurso, afastaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 2 de junho de 2020.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Trata-se de apelação cível interposta por Maria Izildinha da Silva e Delcio Freitas Garcia em face da sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Jardim, que julgou *"improcedente o pedido formulado por Maria Izildinha da Silva e Délcio de Freitas Garcia em face de Geovane Garcia de Castro, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do inciso I do artigo 487 do CPC. Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios da parte adversa, estes fixados em 10% do valor atualizado da causa, à vista da natureza da demanda, do trabalho desenvolvido pelo advogado e do tempo exigido pelo serviço."*

Alegam, preliminarmente, a nulidade da sentença, tendo em vista que existem provas suficientes nos autos, a se requerer e se deferir perícia indireta do testador, resultado da necessidade de dar continuidade ao processo sob o domínio do princípio do contraditório.

No mérito, afirmam que o testamento público é um ato solene e a exigência do art. 1.864, parágrafo único, do Código Civil deveria ter sido cumprida pelo tabelião. Não havendo possibilidade de suprir a falta de assinaturas do testador com a fé pública que o tabelião lança sobre o documento, uma vez que a assinatura é essencial à validade da disposição de última vontade.

Asseveram que o art. 1.864 do Código Civil traça os requisitos essenciais de validade do testamento público, prevendo o número de duas testemunhas, e determina que a leitura do testamento seja feita em voz alta e a um só tempo, acrescentando que o testamento público deve ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal, admitindo que o testamento público pode ser escrito à mão ou mecanicamente, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se houver mais de uma no testamento.

Aduzem que a incapacidade civil do testador foi, de alguma forma, dissimulada para que o tabelião não a percebesse, o que não seria difícil se atentado para a superficialidade do contato com o testador já que o mesmo não tendo conseguido fazê-lo junto ao serviço notarial e registral de sua cidade que conhecia sua incapacidade e a complexidade do ato, buscou localidade diversa.

Esclarecem que, da análise dos documentos constantes nos autos, notadamente o laudo médico firmado pelo especialista que acompanhava o testador desde idos de 1994, constata-se que ele comprova, de forma enfática e inconteste, a existência de vício, no sentido de demonstrar que i) o testador não possuía condições mentais, ou ii) que detinha capacidade de discernimento para a prática do ato.

Dispõem que a prova dos autos é firme no sentido de que testador era, ao tempo do testamento (de 2008), incapaz de testar, porque, na ocasião, não estava em seu perfeito juízo. Hipótese de infração ao artigo 1627, II e III, do Código Civil.

Ponderam que, existindo prova cabal da alegada incapacidade do testador, no momento da confecção do testamento público, evidenciada, pois, a incapacidade do testador, àquela época, para o ato de disposição de sua última vontade, e, tendo sido atendidos os requisitos legais exigidos (art. 1.864, do CC), já que comprovado vício capaz de macular a higidez do aludido testamento.

Requerem seja dado provimento ao recurso, *"a fim de anular a r. sentença de f. 486 a 492, para determinar a realização de prova pericial indireta por ser indispensável ao deslinde da causa, ou em caso de entendimento contrário, que no mérito seja integralmente reformada a decisão para se anular o testamento, nos termos do pedido inicial, com inversão do ônus de sucumbência e determinações de pagamento de custas processuais."*

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

Foi determinada a manifestação das partes, com relação a tempestividade do recurso, tendo em vista o recolhimento do preparo ter sido efetuado no primeiro dia útil seguinte à interposição do apelo (f. 542-544 e 547-549).

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta por Maria Izildinha da Silva e Delcio Freitas Garcia em face da sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Jardim, que julgou *"improcedente o pedido formulado por Maria Izildinha da Silva e Délcio de Freitas Garcia em face de Geovane Garcia de Castro, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do inciso I do artigo 487 do CPC. Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios da parte adversa, estes fixados em 10% do valor atualizado da causa, à vista da natureza da demanda, do trabalho desenvolvido pelo advogado e do tempo exigido pelo serviço."*

Requerem seja dado provimento ao recurso, *"a fim de anular a r. sentença de f. 486 a 492, para determinar a realização de prova pericial indireta por ser indispensável ao deslinde da causa, ou em caso de entendimento contrário, que no mérito seja integralmente reformada a decisão para se anular o testamento, nos termos do pedido inicial, com inversão do ônus de sucumbência e determinações de pagamento de custas processuais."*

Em um primeiro momento, este Relator determinou, de ofício, a intimação das partes para manifestarem-se acerca da tempestividade do recolhimento do preparo (f. 539-40), considerando que os apelantes interpuseram o recurso no último dia do prazo, ou seja, 23 de outubro de 2019, às 20h55min, conforme se observa no ícone Propriedades, do Sistema de Automação Judiciária (f. 496).

Ocorre que, somente no dia seguinte, 24 de outubro de 2019, às 14h44min, efetuaram o recolhimento do preparo, conforme pode ser observado no referido ícone do Sistema de Automação Judiciária (f. 515-9); havendo, portanto, aparente violação à disposição contida no artigo 1.007, *caput*, do Código de Processo Civil, que exige comprovação do recolhimento do preparo, concomitantemente ao ato de interposição do recurso.

Consigne-se que, segundo o novo Código de Processo Civil, o peticionamento eletrônico pode ser realizado até às 24 horas do último dia do prazo, levando-se em consideração, no presente caso, o horário oficial vigente no Estado de Mato Grosso do Sul (art. 213 CPC). Dessa forma, admite-se o pagamento do preparo no dia útil subsequente, já que os estabelecimentos bancários, mesmo que seja disponibilizado o pagamento, via *internet*, após o expediente bancário, condicionam a comprovação da quitação à abertura do expediente bancário no dia seguinte.

Tal entendimento encontra-se em consonância com o enunciado da Súmula n. 484 do STJ: *"Admite-se que o preparo seja efetuado no primeiro dia útil subsequente, quando a interposição do recurso ocorrer após o encerramento do expediente bancário."*

Portanto, demonstrada a temporaneidade do recolhimento do preparo, o recurso merece ser conhecido.

Passo a analisar e decidir a preliminar de nulidade da sentença.

Alegam, preliminarmente, a nulidade da sentença, tendo em vista que existem provas suficientes nos autos a se requerer e se deferir perícia indireta do testador, resultado da necessidade de dar continuidade ao processo sob o domínio do princípio do contraditório.

Há de se lembrar que o juiz é o destinatário das provas e, como tal, cabe-lhe decidir acerca da necessidade e pertinência da realização de novas provas, indeferindo aquelas que julgar desnecessárias, mormente quando já firmou seu convencimento por aquelas contidas nos autos.

Neste sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> *"RECURSO ESPECIAL – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – CERCEAMENTO DE DEFESA – INEXISTÊNCIA – LIVRE CONVENCIMENTO – NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL – REEXAME DE PROVA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ.*
>
> *1. Não há cerceamento de defesa, se o julgador deixa de oportunizar a produção de prova, mediante a existência nos autos de elementos suficientes para a formação de seu convencimento.*
>
> *2. Aferir eventual necessidade de produção de prova pericial demanda o revolvimento do conjunto probatório constante dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, ante a incidência da Súmula 7 do STJ. Recurso especial não provido. (STJ. Resp. 973513/PR DJ 165.04.208, p.1 Relator Min. Carlos Fernando Mathias)*
>
> *5. Nos termos da reiterada jurisprudência do STJ, 'a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia,*

bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide' e que 'o magistrado tem o poder dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento' (Resp nº 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17/05/9). (AgRg no Ag 93880/PA DJ 03.03.208, p.1 Relator Min. José Delgado)

A suficiência da prova documental autoriza o julgamento antecipado da lide, sem caracterizar-se cerceamento de defesa, desde que, a critério do juiz, sejam desnecessárias outras provas." (STJ. Resp 536585/ES - DJ 06.10.2013, p. 284 Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Analisando detidamente as provas constantes dos autos, vê-se que se mostraram suficientes a formar o livre convencimento motivado do julgador, tornando-se desnecessária a produção de outras provas, ainda que requeridas, em tempo hábil, pelas partes.

Por tais razões, rejeito a preliminar.

No mérito, Maria Izildinha da Silva e Délcio de Freitas Garcia ingressaram com a ação de nulidade de testamento e outros atos jurídicos em face de Geovane Garcia de Castro, objetivando a procedência do pedido, para declarar a nulidade do testamento lavrado em 24 de dezembro de 2008, perante o 1º Serviço Notarial e Registral da Comarca de Bela Vista -MS, em que figura como testador Florêncio Garcia de Freitas, no qual constou:

"(...), compareceu como Outorgante Testador, Florêncio Garcia, brasileiro, casado com Maria de Freitas Garcia, sob o regime da comunhão universal de bens, antes da vigência da Lei 6.515/77, pecuarista, portador da carteira de identidade Rg nº 010.334-SSP/MS, inscrito no CPF sob o nº 157.515-388-20, residente e domiciliado na Rua Marechal Rondon, 659, Centro, na cidade de Jardim-MS, capaz, meu conhecido e das duas testemunhas instrumentais, de cuja identidade e capacidade jurídica dou fé. E, na presença dessas mesmas testemunhas, pelo testador, que se encontra em pleno e inteiro gozo de suas faculdades intelectuais e mentais, segundo o meu e o parecer unânime das duas testemunhas, pelo testador, que se encontra em pleno e inteiro gozo de suas faculdades intelectuais e mentais, segundo o meu e o parecer unânime das duas testemunhas, pôr mim consultadas, me foi dito, de viva voz e no idioma nacional, que, por este público instrumento e na melhor forma de direito, vinha fazer, como efetivamente o faz o seu testamento, revogatório de qualquer outro que porventura tenha feito ou assinado, declarando a mim, primeiro notário, sempre na presença das duas testemunhas, as suas disposições de última vontade, pela maneira seguinte: (...) que tem herdeiros necessários, e como lhe faculta nossa legislação civil, pode livremente dispor até da metade de seus bens que existirem por ocasião de sua morte. Usando dessa faculdade, é seu desejo, e por este testamento, expressamente determina que, por ocasião de sua morte, sem prejuízo e além de sua legítima que porventura tenha direito, caiba exclusivamente a seu neto, Geovane Garcia de Castro, filho de Júlio Teles de Castro e de Evanilda Garcia de Castro, os seguintes bens:- ***1)- Todas as construções porventura existentes e o respectivo lote de terreno urbano determinado por 1/3 (um terço) da fração do lote de terreno urbano determinado pelo número 10(dez) da quadra número 26****, (...);* ***2)- Todas as construções porventura existentes e o respectivo lote de terreno urbano determinado pelo número 10(dez), da quadra número 26 (vinte e seis)****, (...);* ***3)- Todas as construções porventura existentes e a respectiva parte que pertence ao Outorgante Testador na chácara determinada pelo número 116 (cento e dezesseis) situado na Vila Angélica****, (...);* ***4)- 66,1250ha (sessenta e seis hectares, doze ares e cinquenta centiares) de terras pastais e lavradias, parte da Fazenda Santa Maria****, (...);* ***5)-*** *Todas as benfeitorias que à época compuseram a sede do imóvel denominado 'Fazenda Santa Maria', (...);* ***6)- Todos os móveis, máquinas, utensílios e ferramentas que guarnecerem a Fazenda Santa Maria****, (...);* ***7)-*** *25% (vinte e cinco por cento) das seguintes máquinas, ferramentas e aparelhos, que hoje se encontram na Fazenda Santo Antônio, de propriedade de Sebastião da Silva, e que poderão estar em qualquer outro lugar, constantes de: - 01 (uma)*

máquina de soldar elétrica; 01 (uma) talha de erguer peso; 01 (um) macaco Hidráulico de 30 toneladas; ***8)- Todos os móveis, máquinas, utensílios e ferramentas que guarnecerem à época, a casa de residência do Outorgante Testador****, (...);* ***9) – Automóvel*** *- (...);* ***10)- Semoventes****;- (...). Que assim, tem como feito seu testamento e disposição de última vontade, que deseja tenha toda a força e vigor, e roga à Justiça do País que o faça cumprir como nele se contém e declara, pois tudo é feito de sua livre e espontânea vontade, sem induzimento, coação, sugestões ou influência de qualquer espécie. (...).”* (G.n.)

Estabelece o art. 1.860 do Código Civil:

> *“Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento.”*

A respeito do tema, lecionam José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo, *in* Código civil comentado: com súmulas, julgados selecionados e enunciados das jornadas do CJF. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. Revista dos Tribunais. p. 1278:

> *“1. Capacidade para testar. A capacidade para elaborar um testamento segue as diretrizes determinadas pelas regras da parte geral do nosso Código Civil. O art. 1º determina: Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Em tese, toda pessoa é pata a testar, desde que no gozo e plenitude de suas faculdades. O Código Civil exige que o testador tenha plena capacidade no momento de testar. Há uma preocupação legal de que o testamento não seja forma de exclusão de herdeiros pelo aproveitamento da situação débil do testador. Somente a pessoa física poderá testar. A pessoa jurídica não pode elaborar testamento, pois se trata de ato personalíssimo, incompatível com a ficção jurídica. (...).”*

Como bem destacado pelo magistrado singular:

> *“(...).*
>
> *A testemunha e médica Irene Rodrigues Montania ouvida em juízo às f. 451, disse que, pelo laudo apresentado na audiência, lembra-se que, na época, no ano de 2010, fez exame no paciente Florencio e constatou transtorno afetivo bipolar. Ainda, afirmou que outro médico constatou que o paciente tinha um transtorno do humor, que não tem cura, contudo tem controle. Explicou que é uma doença progressiva. A testemunha ainda verificou, em audiência, um atestado firmado em 2011 de outro médico, no qual constou que o CID acostado é de ‘demência na doença de Alzheimer de início precoce’. Sobre o conteúdo de f. 381, explicou que o paciente tinha apresentado agitação, contudo, sem relato de delírios ou alucinações. Explanado à testemunha que os relatórios médicos e exames são datados do período de 2010 a 2012 e que o fato discutido no processo é de 2008, disse que provavelmente o paciente já tinha o transtorno em 2008, mas não pode afirmar como ele estava em 2008, se ele estava perturbado ou se tinha ciência dos atos decisórios. Ainda que não tem como atestar, com base nos documentos datados de 2010 a 2012, a capacidade do paciente em 2008.*
>
> *Ainda, a testemunha Geraldo Magello da Silva, ouvida às f. 452-453, narrou perante este juízo que conhecia Florencio Garcia, pois atendia o mesmo todos os dias na sua casa por ser enfermeiro e lhe aplicava medicamentos. Afirmou que fez isso durante 10 anos, até aproximadamente dezembro de 2010. Disse que ele mesmo tratava das suas coisas, e ele pagava a conta na farmácia. Que Geovane ajudava o falecido por algumas vezes, levando ele ao médico, entre outras coisas. Nunca presenciou nenhum distúrbio por parte do falecido. Questionado sobre os medicamentos ministrados ao falecido, a testemunha disse que este tomava remédios para diabetes, para a pressão, e para o coração, mas o falecido não tomava remédios para transtorno bipolar. Para doença de Alzheimer não sabe se o mesmo tomava, mas os remédios que ele ministrava não era para tal doença.*
>
> *Outrossim, os atestados médicos e documentos relacionados à internação do falecido, acostados às f. 57-78 e f. 362-405 são de período posterior (anos 2010 a 2012) à data da celebração do testamento (2008), não se podendo deduzir que eventual patologia já existia nos anos anteriores.”*

O que se pode observar das provas constantes dos autos, é que, à época em que foi realizado o testamento, o testador se encontrava no gozo e plenitude de suas faculdades mentais.

Os anos mencionados pelas testemunhas e constante dos atestados médicos e de internação do falecido, em que o testador foi diagnosticado com problemas mentais são posteriores a celebração do testamento público, não podendo, por dedução, retroagir à época da lavratura do testamento.

Do mesmo modo, vê-se que se encontram devidamente cumprido os requisitos essenciais do testamento público disciplinados no art. 1.864 do CC, não havendo falar em nulidade pelo simples fato de o testador ter deixado de assinar a f. 61, já que consta a sua assinatura no anverso da f. 61 e 62, bem como a assinatura das testemunhas.

Além disso, constata-se que a escritura pública encontra-se corretamente registrada no Livro n. 152 do 1º Servidor Notarial e Registral da Comarca de Bela Vista, tendo constado a assinatura de todos os presentes.

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

Ante o exposto, conheço do recurso, rejeito a preliminar e, no mérito, nego-lhe provimento.

Com fundamento no artigo 85, § 11 do Código de Processo Civil, majoro os honorários advocatícios, arbitrados em primeiro grau, para 12% (doze por cento) sobre o valor atualizado da causa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram do recurso, afastaram a preliminar e, no mérito, negaram 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, 2 de junho de 2020.

***

4ª Câmara Cível
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva
Agravo de Instrumento nº 1410820-25.2019.8.12.0000 – Coxim

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE RESCISÃO DE ARRENDAMENTO RURAL C/C INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS – DECLÍNIO DA COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR O FEITO – CLÁUSULA DE ELEIÇÃO – VALIDADE DA CLÁUSULA – AÇÃO DE DIREITO PESSOAL – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O artigo 63 do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) trata da possibilidade das partes modificarem a competência em razão do valor e a territorial, por meio de cláusula de eleição de foro, que tem por escopo escolher a base territorial-judiciária para serem submetidas futuras ações relativas às obrigações e direitos oriundos do contrato.

A ação de rescisão de contrato de arrendamento rural c/c indenização não dispõe sobre direito real, se tratando de direito pessoal, sendo válida a cláusula de eleição de foro constante no respectivo instrumento.

Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 2 de junho de 2020.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Henrique Mathiel interpõe recurso de agravo de instrumento, irresignado contra decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Coxim, MS, que rejeitou os embargos de declaração opostos e declinou da competência para processar e julgar a ação ajuizada pelo agravante em face dos agravados Luiz Carlos Maricato e Marcos Maricato de Souza Pereira (Autos n. 0801329-15.2016.8.12.0011).

Traça considerações sobre o cabimento do agravo de instrumento e alega que ajuizou ação de rescisão contratual c/c pedido de indenização por perdas e danos em face de Luiz Carlos Maricato e Marcos Maricato de Souza Pereira objetivando *"(i) a rescisão do contrato de arrendamento firmado com os agravados, por culpa exclusiva desses, (ii) a condenação dos recorridos ao pagamento de indenização para reparação de danos morais causados ao recorrente, (iii) a declaração de que todos os valores recebidos pelo arrendamento foram em decorrência da utilização da área arrendada e que não há valores a serem restituídos pelo agravante, e (iv) a condenação dos agravados ao pagamento da multa de 2% sobre o valor do contrato."*

Narra que, na contestação, os agravados arguiram preliminar de incompetência territorial, em razão da pactuação de cláusula de eleição de foro, pleiteando a remessa dos autos para Comarca de Penápolis/SP, o que foi acolhido pelo Magistrado.

Afirma, contudo, que os autos devem permanecer na Comarca de Coxim, pois o Magistrado desconsiderou diversas circunstâncias, dentre elas que os fatos ocorreram na cidade de Coxim (dano moral decorrente de inadimplemento das obrigações previstas em contrato), devendo ser aplicado o artigo 53, IV, "a", do CPC.

Assevera que *"não fossem esses argumentos suficientes para ensejar a reforma da régia decisão guerreada insta esclarecer que melhor sorte não resta se analisarmos a questão sob outra ótica, qual seja, que o endereço de todas as partes envolvidas no negócio jurídico residiam em Coxim (MS), que o contrato foi firmado na mesma cidade Sul-Mato-Grossense e que a propriedade rural objeto do contrato em questão também está localizada em solo Sul-Mato-Grossense, de maneira que se revela equivocada a régia decisão que declina a competência para a Comarca de Penápolis (SP)."*

Requer a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o conhecimento e provimento do recurso, a fim de reformar a decisão agravada, mantendo a competência para processar e julgar o feito na Comarca de Coxim, MS.

Recolheu preparo, sendo o recurso recebido em seu duplo efeito (f. 40-2).

Intimados, os agravados apresentaram contraminuta e pugnaram pelo desprovimento do recurso.

VOTO

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Henrique Mathiel, irresignado contra decisão proferida pelo Juízo da 1ª Vara da Comarca de Coxim, MS, que rejeitou os embargos de declaração opostos e declinou da competência para processar e julgar a ação ajuizada pelo agravante em face dos agravados Luiz Carlos Maricato e Marcos Maricato de Souza Pereira (Autos n. 0801329-15.2016.8.12.0011).

Conforme relatado, traça considerações sobre o cabimento do agravo de instrumento e alega que ajuizou ação de rescisão contratual c/c pedido de indenização por perdas e danos em face de Luiz Carlos Maricato e Marcos Maricato de Souza Pereira objetivando *"(i) a rescisão do contrato de arrendamento firmado com os agravados, por culpa exclusiva desses, (ii) a condenação dos recorridos ao pagamento de indenização para reparação de danos morais causados ao recorrente, (iii) a declaração de que todos os valores recebidos pelo arrendamento foram em decorrência da utilização da área arrendada e que não há valores a serem restituídos pelo agravante, e (iv) a condenação dos agravados ao pagamento da multa de 2% sobre o valor do contrato."*

Narra que, na contestação, os agravados arguiram preliminar de incompetência territorial, em razão da pactuação de cláusula de eleição de foro, pleiteando a remessa dos autos para Comarca de Penápolis/SP, o que foi acolhido pelo Magistrado.

Afirma, contudo, que os autos devem permanecer na Comarca de Coxim, pois o Magistrado desconsiderou diversas circunstâncias, dentre elas que os fatos ocorreram na Cidade de Coxim (dano moral decorrente de inadimplemento das obrigações previstas em contrato), devendo ser aplicado o artigo 53, IV, "a", do CPC.

Assevera que:

> *"não fossem esses argumentos suficientes para ensejar a reforma da régia decisão guerreada insta esclarecer que melhor sorte não resta se analisarmos a questão sob outra ótica, qual seja, que o endereço de todas as partes envolvidas no negócio jurídico residiam em Coxim (MS), que o contrato foi firmado na mesma cidade Sul-Mato-Grossense e que a propriedade rural objeto do contrato em questão também está localizada em solo Sul-Mato-Grossense, de maneira que se revela equivocada a régia decisão que declina a competência para a Comarca de Penápolis (SP)."*

Requer a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o conhecimento e provimento do recurso, a fim de reformar a decisão agravada, mantendo a competência para processar e julgar o feito na Comarca de Coxim, MS.

Trata-se de ação de rescisão contratual cc indenização por perdas e danos ajuizada por Henrique Mathiel em face de Luiz Carlos Maricato e Marcos Maricato de Souza Pereira. Em contestação, os réus arguiram a preliminar de incompetência territorial, em razão da pactuação de cláusula de eleição de foro, pleiteando a remessa dos autos para Comarca de Penápolis/SP.

Como cediço, o foro contratual ou foro de eleição é o convencionado pelas partes contratantes, que optam por submeter as ações relativas as obrigações e direitos estipulados no negócio jurídico escrito, a apreciação do foro escolhido.

É primordial que a eleição de foro, para produzir seus efeitos, seja prevista por instrumento escrito e aluda expressamente a determinado negócio jurídico, de modo que, sua forma oral é, para o direito, ato jurídico inexistente. Do mesmo modo, o artigo 47, § 1º, do Código autoriza o autor a optar pelo foro de eleição quando a ação não tiver por abjeto os direitos de propriedade, vizinhança, servidão, divisão e demarcação de terras e de nunciação de obra nova (hipóteses de competência absoluta que prevalece o *forum rei sitae*).

Com efeito, o artigo 63 do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) trata da possibilidade das partes modificarem a competência em razão do valor e a territorial, por meio de cláusula de eleição de foro, que tem por escopo escolher a base territorial-judiciária para serem submetidas futuras ações relativas às obrigações e direitos oriundos do contrato.

Compulsamos os autos, verifica-se que se trata de contrato de arrendamento rural tem por objeto a Fazenda Santo Estevão do Piquiri no Município de Corumbá, sendo que a cláusula décima prevê o foro da cidade de Penápolis, SP para dirimir qualquer conflito decorrente do contrato.

Deveras, a ação não dispõe sobre direito real, se tratando o caso de arrendamento rural, situado no âmbito do instituto da locação imobiliária, de direito obrigacional, pessoal. Vejamos:

> *"AÇÃO ANULATÓRIA – ARRENDAMENTO RURAL – DISPENSA DA OUTORGA UXÓRIA – RECONVENÇÃO – CONEXÃO COM A LIDE PRINCIPAL OU COM OS FUNDAMENTOS DA DEFESA – IMÓVEL EM CONDOMÍNIO – ARRENDAMENTO A TERCEIRO – ANUÊNCIA DO CONDÔMINO – IMPRESCINDIBILIDADE.*
>
> *Não versando a ação de anulação de contrato de arrendamento rural sobre direitos reais imobiliários, tratando-se de ação pessoal, não há necessidade da participação do cônjuge do autor, sendo dispensada a outorga uxória para estar em juízo. (....)."* (TJMG. Apelação Cível 1.0384.05.035909-8/001, Relator: Des. Duarte de Paula, 11ª Câmara Cível, julgamento em 20/02/2008, publicação da súmula em 13/03/2008).
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – ARRENDAMENTO RURAL – DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO C.C – COBRANÇA – INAPLICABILIDADE DA LEI 8245/91, POR SE TRATAR DE IMÓVEL FORA DA ÁREA URBANA – COMPETÊNCIA – DEMANDA FUNDADA EM DIREITO PESSOAL – CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO – VALIDADE E EFICÁCIA (ART. 111 DO CPC E 12, X, DECRETO Nº 59.566/66) – OBSERVÂNCIA DA SÚMULA 335 DO STF – AGRAVO PROVIDO."* (TJSP - Relator: Soares Levada; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 09/03/2016; Data de registro: 10/03/2016).
>
> *"AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO ORDINÁRIA – EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA – RESCISÃO DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO RURAL – FORO DE ELEIÇÃO – VALIDADE.*

É válida a cláusula de eleição de foro constante de contrato de arrendamento rural, quando o negócio entabulado entre as partes revela ter sido aceito de forma livre, pois nenhum obstáculo se apresentava para o cumprimento do contratado. Tem prevalência e deve ser respeitada a norma do art. 111 do CPC, quando pactuada por livre disposição de vontade das partes." (TJMG. Agravo de Instrumento-Cv 1.0701.14.043857-6/001, Relator: Des. Saldanha da Fonseca, 12ª Câmara Cível, julgamento em 03/06/2015, publicação da súmula em 10/06/2015)

"EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ORDINÁRIA – PRETENSÃO DE RESCISÃO DE ARRENDAMENTO RURAL C/C INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS – AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO – PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA, DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO, DE CARÊNCIA DE AÇÃO, DE INÉPCIA DA INICIAL E DE LITISPENDÊNCIA – REJEIÇÃO – PRESCRIÇÃO DO PEDIDO INDENIZATÓRIO – NÃO OCORRÊNCIA – CONTRATO OBJETO DA DEMANDA – SIMULAÇÃO ABSOLUTA E MALICIOSA – CONFIGURAÇÃO – NULIDADE DA AVENÇA – IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS INICIAIS.

O agravo retido não deve ser conhecido quando a parte deixa de solicitar sua apreciação, em suas razões ou contrarrazões recursais, conforme art. 523, § 1º, do CPC/1973.

A sentença que contém o substrato da causa, as particularidades defendidas pelas partes e, de forma fundamentada, analisa o pedido formulado na Inicial da Ação, não incorre em nulidade, por ausência de fundamentação, nem por vício citra petita.

A ação de rescisão de contrato de arrendamento rural c/c Indenização não dispõe sobre direito real, se tratando de direito pessoal, sendo válida a Cláusula de Eleição de Foro constante no respectivo Instrumento.

A notificação entregue no endereço do arrendatário tem validade, ainda que não seja recebida pessoalmente por ele.

Verificado que a autora cumpriu os requisitos dos art. 282, do CPC/1973, vigente quando da propositura da Demanda, não subsiste a arguição de inépcia da Inicial.

É permitida a cumulação de pedidos em um mesmo processo quando, apesar dos procedimentos diversos, é empregado o rito ordinário (art. 292, § 2º, CPC/73).

Se, em tese, o arrendamento rural não está atrelado ao vínculo societário existente entre as partes, não há que se falar em litispendência da presente Demanda com as demais Ações envolvendo a dissolução da sociedade Autora, da qual o réu era sócio.

Não transcorrido mais de três anos entre a data do nascimento do direito à suposta reparação por perdas e danos e aquela em que foi distribuída a Petição Inicial, não se caracteriza a prescrição indicada no art. 206, § 3º. IV e V, do CCB/2002.

Configurado o defeito da simulação na formalização do arrendamento rural, na modalidade 'absoluta' e 'maliciosa', manifesta a nulidade do Instrumento, que pode ser reconhecida de ofício pelo Julgador, além da improcedência dos pedidos de rescisão da Avença e de indenização, por perdas e danos, vinculados àquela contratação nula." (TJMG. Apelação Cível 1.0024.11.259299-3/002, Relator(a): Des.(a) Roberto Vasconcellos , 17ª Câmara Cível, julgamento em 29/06/2017, publicação da súmula em 11/07/2017)

Dessa feita, considerando a validade da cláusula de eleição, bem como, a tempestividade de sua alegação deve ser mantida a decisão agravada que declinou da competência para processar e julgar o feito.

Ante o exposto, conheço do agravo de instrumento interposto, mas nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 2 de junho de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida
Agravo de Instrumento nº 1414415-32.2019.8.12.0000 – Ivinhema

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – HOMOLOGAÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO – EXTINÇÃO DAS GARANTIAS REAIS, FIDEJUSSÓRIAS OU CAMBIAIS PRESTADAS POR TERCEIROS DEVEDORES SOLIDÁRIOS OU COOBRIGADOS – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Nos termos do entendimento consolidado do STJ, em sede de recurso repetitivo (REsp 1333349/SP) e da Súmula de n. 581, *"a recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005."*

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, 15 de abril de 2020.

Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Sicredi Centro Sul interpõe agravo de instrumento contra Solos LTDA EPP, em face de decisão proferida nos autos da Recuperação Judicial n.º 0800806-34.2015.8.12.0012, homologando plano de recuperação judicial à empresa agravada, porém, sem a extinção das garantias reais, fidejussórias ou cambiais prestadas por terceiros devedores solidários ou coobrigados, nos contratos firmados pela recuperanda apenas junto ao Banco do Brasil.

Sustenta que discordou expressamente da cláusula do plano que previa a supressão de garantias, e que está pacificado na jurisprudência o entendimento de que a novação decorrente da homologação do plano de recuperação judicial não exclui a possibilidade de cobrança dos valores consignados no título e objeto de garantia fidejussória.

Alega que o fato de não ter apresentado ressalva na assembleia geral de credores não deve prejudicá-la, por não ser exigência legal.

Em vista destas circunstâncias, pugnou pelo conhecimento e provimento do recurso, para reformar a decisão agravada.

O recurso foi recebido sem efeito suspensivo (f. 18-9).

Contrarrazões (f. 29-35).

VOTO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida. (Relator)

Insurge-se o banco agravante contra a decisão que homologou plano de recuperação judicial apresentado pela agravada Solos Indústria e Comércio de Fertilizantes LTDA – EPP.

O agravante pleiteia a reforma da decisão acerca da supressão das garantias reais, fidejussórias ou cambiais, aduzindo que a sentença homologou o plano fazendo menção expressa apenas com relação ao Banco do Brasil, omitindo-se com relação aos demais credores que votaram contra ao plano.

Afirma que apresentou objeção ao plano às f. 1244, 1602 e 1703, discordando expressamente, portanto, não anuiu expressamente com a supressão das garantias reais, fidejussórias ou cambiais.

Por sua vez, a agravada sustenta que não há falar em nulidade da cláusula que prevê a supressão das garantias, pois: a uma, o credor sequer expressou a insurgência na Ata da AGC; a duas, a referida cláusula fora validada pelos demais credores em Assembleia, restando estendidos os efeitos aos demais credores, inclusive ao ora agravante.

Considerando a finalidade do instituto, é indubitável que meios de recuperação judicial previstos no plano impõem sacrifícios aos credores, sendo, muitas vezes, a única forma que alguns deles possuem para garantir o recebimento de seus créditos.

Sabe-se também que, consoante estabelece a Lei n. 11.101/05, o plano de recuperação é submetido à aprovação dos próprios credores que, diante da apresentação de objeções, provocam a convocação da Assembleia Geral para sua análise. E, a teor do que consta no artigo 58, da Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, aprovado pela assembleia geral de credores, cabe ao magistrado homologar o plano de recuperação judicial, sendo-lhe defeso imiscuir-se no mérito deste.

Outrossim, embora em regra seja vedado ao Poder Judiciário modificar as cláusulas aprovadas pela maioria dos credores de todas as classes, em vista da soberania desta decisão, sabe-se que a este Poder compete o controle de legalidade da deliberação da assembleia geral dos credores.

Vale destacar o entendimento já pacificamente adotado pela jurisprudência no sentido de que, a despeito do caráter predominantemente contratual da recuperação judicial e da soberania, em princípio, das deliberações da assembleia, não fica o plano imune ao controle de legalidade por parte do Judiciário, controle que envolve não apenas o respeito disposições de ordem pública que norteiam o próprio instituto da recuperação judicial como também a outras, previstas em normas gerais, relativas à disciplina de determinados institutos jurídicos, além dos princípios inspiradores das relações negociais:

> *"RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CONTROLE DO MAGISTRADO SOBRE O PLANO DE SOERGUIMENTO – APROVAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES – VIABILIDADE ECONÔMICA – SOBERANIA DA AGC – LEGALIDADE – VERIFICAÇÃO PELO JUDICIÁRIO – REEXAME DE FATOS E PROVAS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS – INADMISSIBILIDADE. 1. Processamento da recuperação judicial deferido em 24/05/2013. Recurso especial interposto em 04/11/2014 e atribuído ao Gabinete em 25/08/2016. 2.* ***A jurisprudência das duas Turmas de Direito Privado do STJ sedimentou que o juiz está autorizado a realizar o controle de legalidade do plano de recuperação judicial, sem adentrar no aspecto da sua viabilidade econômica, a qual constitui mérito da soberana vontade da assembleia geral de credores****. 3. O reexame de fatos e provas e a interpretação de cláusulas contratuais em recurso especial são inadmissíveis. 4. Recurso especial não provido."* (REsp 1660195/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017). (Grifei).

Outro não é o entendimento desta Corte Estadual:

> *"EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CONCESSÃO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA FUNDAMENTADA – INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES E DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. 01. A determinação contida no artigo 93, IX, da Constituição Federal não exige que a decisão seja fundamentada exaustivamente, sendo suficiente a exposição de forma clara e precisa das razões do convencimento do julgador. 02. Nulidade da assembleia geral de credores não constatada. Necessidade de propositura da demanda cabível, com a devida produção das provas pertinentes, observado o devido processo legal. 03.* ***Incabível a análise, pelo Poder Judiciário, do mérito do plano de recuperação judicial aprovado com a observância aos quóruns previstos no artigo 45 da Lei nº 11.101/05. A decisão da assembleia geral é soberana, restringindo-se o exame do juiz aos aspectos de estrita legalidade****. Recurso conhecido e não provido."* (TJMS. Agravo de Instrumento n. 1408201-30.2016.8.12.0000, Nova Andradina, 2ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Vilson Bertelli, j: 19/04/2017, p: 25/04/2017). Destacado.

No que diz respeito à cláusula do plano de recuperação judicial que excluiu as garantias reais e fidejussórias livremente pactuadas, tenho que tal disposição é contra a legislação em vigor, pois contraria o texto expresso do art. 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005, além do art. 49, § 1º, do mesmo diploma legal, que preservam as garantias referentes às obrigações sujeitas ao plano, sem prejuízo da novação dessas últimas.

Neste sentido, a Corte Superior manifestou entendimento, em sede de decisão pela técnica do julgamento de recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC/73, com a fixação de que é impossível a supressão das garantias prestadas por terceiros e devedores solidários, bem como extinção de eventuais ações contra estes, ocorram pela simples novação da dívida, confira-se:

> *"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008 – DIREITO EMPRESARIAL E CIVIL – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – PROCESSAMENTO E CONCESSÃO – GARANTIAS PRESTADAS POR TERCEIROS – MANUTENÇÃO – SUSPENSÃO OU EXTINÇÃO DE AÇÕES AJUIZADAS CONTRA DEVEDORES SOLIDÁRIOS E COOBRIGADOS EM GERAL – IMPOSSIBILIDADE – INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 6º, CAPUT, 49, § 1º, 52, INCISO III, E 59, CAPUT, DA LEI N. 11.101/2005. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: '****A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das execuções nem induz suspensão ou extinção de ações ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória, pois não se lhes aplicam a suspensão prevista nos arts. 6º, caput, e 52, inciso III, ou a novação a que se refere o art. 59, caput, por força do que dispõe o art. 49, § 1º, todos da Lei n. 11.101/2005'****. 2. Recurso especial não provido."* (REsp 1333349/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 26/11/2014, DJe 02/02/2015). Destacado

Esse posicionamento, aliás, acabou gerando a edição da Súmula n. 581, do STJ, com o seguinte teor: *"A recuperação judicial do devedor principal não impede o prosseguimento das ações e execuções ajuizadas contra terceiros devedores solidários ou coobrigados em geral, por garantia cambial, real ou fidejussória."*

Vejamos a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – RECUPERAÇÃO JUDICIAL – HOMOLOGAÇÃO DO PLANO – NOVAÇÃO – EFEITOS SOBRE COOBRIGADOS. 1.* ***A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o plano de recuperação judicial opera novação das dívidas a ele submetidas, mas as garantias reais ou fidejussórias, em regra, são preservadas, podendo o credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores, e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas contra fiadores, avalistas ou coobrigados em geral.*** *2. Agravo interno não provido."* (STJ; AgInt-AREsp 1.358.124; Proc. 2018/0228241-8; SE; Terceira Turma; Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva; Julg. 16/03/2020; DJE 19/03/2020) (Grifei).

> *"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO – IRRESIGNAÇÃO*

DOS EMBARGANTES. 1. ***Segundo entendimento jurisprudencial firmado por este Superior Tribunal de Justiça, o plano de recuperação judicial opera novação das dívidas a ele submetidas, preservando, em regra, as garantias reais ou fidejussórias, podendo o credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores, impondo-se, assim a manutenção das ações e execuções aforadas contra fiadores, avalistas ou coobrigados em geral. Incidência dos enunciados contidos nas Súmulas nºs 581 e 83/STJ.*** *2. Inaplicabilidade da limitação dos juros e correção monetária, prevista no art. 9º, II, da Lei nº 11.101/05, aos coobrigados de empresa em recuperação judicial. 3. A Segunda Seção do STJ definiu as hipóteses em que se revela devida a majoração da verba honorária sucumbencial, prevista no art. 85, § 11, do CPC/15, nos seguintes termos: a) decisão recorrida publicada a partir de 18.3.2016, quando entrou em vigor o novo Código de Processo Civil; b) recurso não conhecido integralmente ou desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente; e c) condenação em honorários advocatícios desde a origem no feito em que interposto o recurso. 4. Agravo interno desprovido."* (STJ; AgInt-REsp 1.816.509; Proc. 2019/0149914-6; DF; Quarta Turma; Rel. Min. Marco Buzzi; Julg. 26/11/2019; DJE 27/11/2019) (Grifei).

O entendimento em questão fundamentou-se no fato de que, muito embora se possa falar em novação das dívidas quando da homologação do plano de recuperação judicial, este instituto, no âmbito da recuperação judicial e, portanto, diversamente do que ocorre na esfera civil, opera uma novação sui generis e sempre sujeita a condição resolutiva, que é o eventual descumprimento do que ficou acertado no plano.

Neste sentido, a novação decorrente do plano de recuperação traz, como regra, a manutenção das garantias (art. 59, *caput*, da Lei n. 11.101/2005), as quais só serão suprimidas ou substituídas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia, por ocasião da alienação do bem gravado (art. 50, § 1º).

Portanto, muito embora o plano de recuperação judicial opere novação das dívidas a ele submetidas, as garantias reais ou fidejussórias são preservadas, circunstância que possibilita ao credor exercer seus direitos contra terceiros garantidores e impõe a manutenção das ações e execuções aforadas em face de fiadores, avalistas ou coobrigados em geral.

Destarte, consta dos autos que o juízo *a quo* homologou o Plano de Recuperação Judicial, f. 2674-2687 (autos principais), porém deixou de extinguir as garantias reais, fidejussórias ou cambiais prestadas por terceiros devedores solidários ou coobrigados, somente nos contratos firmados pela recuperanda junto ao Banco do Brasil.

Ocorre que o agravante manifestou expressamente sua discordância ao plano de recuperação judicial apresentado (f. 1244, 1602 e 1703).

Logo, mostram-se ilegais as cláusulas que suspendem ou extinguem ações ajuizadas contra terceiros, devedores solidários ou coobrigados em geral, bem como suprimem garantias cambiais, reais ou fidejussórias, com relação ao recorrente.

Nesta senda, não é matéria deliberável pelo conjunto dos credores a extinção de garantias individuais, somente podendo esse efeito ser produzido por renúncia expressa e específica do credor interessado (e de todo modo sem se confundir com o conteúdo do plano, consistindo em essência negócio individual).

Assim, considerando que o plano de recuperação judicial foi homologado com a extinção das garantias reais, fidejussórias ou cambiais prestadas por terceiros devedores solidários ou coobrigados, excluído apenas quanto ao Banco do Brasil (f. 2686), tenho que referida cláusula não se encontra em conformidade com a legislação vigente e ao melhor entendimento jurisprudencial sobre a questão, mormente porque houve pelo credor (Cooperativa Sicredi Centro Sul), expressa discordância quanto a este ponto, devendo ser ineficaz com relação ao agravante.

Igualmente, como tal inconsistência não compromete o cerne do plano de recuperação judicial, comportando por isso mera extirpação sem prejuízo do restante dos dispositivos aprovados, deixa-se de anular o plano como um todo.

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.

Diante do exposto, conheço do presente recurso interposto por Sicredi Centro Sul e dou-lhe provimento, para declarar a impossibilidade da extinção das garantias reais, fidejussórias ou cambiais prestadas por terceiros devedores solidários ou coobrigados, nos contratos firmados pela recuperanda junto à agravante.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Campo Grande, 15 de abril de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida
Agravo de Instrumento nº 2000230-03.2020.8.12.0000 – Paranaíba

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA – INAPLICABILIDADE DA LEI 11.343/06 – DELIMITAÇÃO DE PRAZO – NECESSIDADE – DIREITO DE INFORMAÇÃO AO PACIENTE – MEDIDA RESTRITIVA DE LIBERDADE QUE PODE CONFIGURAR CONSTRANGIMENTO ILEGAL – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Considerando que a necessidade de tratamento psiquiátrico do paciente se dá pelo uso abusivo de álcool, não se aplica ao caso as disposições da Lei de Drogas – Lei 11.343/06, já que a internação lá tratada é para usuários ou dependentes de drogas.

A Lei 10.216/01, a despeito de permitir a internação compulsória, garante ao paciente o direito de informação, inclusive acerca do tratamento a que deverá ser submetido, sendo o prazo de internação um destes direitos.

Por se tratar de internação compulsória (sem a vontade), a delimitação do prazo é de suma importância, pois, a restrição indevida da liberdade do paciente poderá configurar constrangimento ilegal.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam, em sessão permanente e virtual, os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, a seguinte decisão: por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 4 de maio de 2020.

Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul em face de Dilma Gonçalves de Oliveira, objetivando a reforma de decisão proferida pelo juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba que, nos Autos n. 0806019-61.2019,8.12.0018, deferiu liminar para o fim de determinar que o agravante e o Município de Paranaíba providenciem, no prazo de 15 dias, a internação do paciente Leandro Alves da Silva para tratamento de saúde, preferencialmente em hospital da rede pública, sob pena de sequestro de verba pública em valor suficiente para custear o tratamento em clínica particular.

Sustenta o Estado, em síntese, que a internação compulsória restringe, sobremaneira, a liberdade do indivíduo, razão pela qual a Lei 13.840/19, que alterou a Lei 11.343/06, estabeleceu limite temporal de 90 dias para internação involuntária.

Assevera que o tratamento do usuário ou dependente químico deverá ser ordenado com prioridade para as modalidades de tratamento ambulatorial, incluindo, excepcionalmente, formas de internação em unidades de saúde e hospitais gerais, limitado a 90 dias.

Ao final, requer conhecimento e provimento do recurso, unicamente, para se fixar o prazo máximo de 90 dias para internação.

O agravo foi recebido nos efeitos suspensivo e devolutivo (f. 16-18).

Contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 31-37).

VOTO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida. (Relator)

Extrai-se dos autos que a agravada Dilma Gonçalves de Oliveira, através da Defensoria Pública, ajuizou ação de obrigação de fazer contra o Estado de Mato Grosso do Sul (ora agravante) e o Município de Paranaíba, objetivando a internação compulsória de seu filho Douglas Gonçalves de Carvalho, pelo prazo mínimo de 6 messes.

O Magistrado na origem deferiu, liminarmente, o pedido de internação compulsória, todavia, não fixou prazo para a internação.

Insurge o Estado, unicamente, para que seja fixado prazo máximo de 90 dias, previsto no art. 23-A da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas).

Pois bem. De início, consigna-se que o prazo de 90 dias, previsto no art. 23-A, § 5º, inciso III da Lei 11.343/06, se aplica aos casos de internação compulsória do usuário ou dependente de drogas. Observe sua redação:

> *"Art. 23-A.* ***O tratamento do usuário ou dependente de drogas*** *deverá ser ordenado em uma rede de atenção à saúde, com prioridade para as modalidades de tratamento ambulatorial, incluindo excepcionalmente formas de internação em unidades de saúde e hospitais gerais nos termos de normas dispostas pela União e articuladas com os serviços de assistência social e em etapas que permitam."* (G.n.)

No caso, em análise aos laudos médicos contidos nos autos principais (f. 15 e 16), extrai-se que o paciente Douglas Gonçalves, necessita de internação psiquiátrica devido ao uso abusivo de álcool.

Desse modo, não há que impor ao caso dos autos o prazo de internação da Lei de Drogas (Lei 11.343/06).

Todavia, ao analisar o processo principal na origem, constata-se que a parte agravada fundamentou a necessidade de internação compulsória do paciente com base no que disciplina a Lei 10.216/01, que dispõe sobre a proteção dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

Assim, analisando-se referida norma, verifica-se que, a despeito de permitida a internação compulsória (determinada pela Justiça), trata-se de medida extrema e de forte restrição da liberdade, motivo pelo qual, somente deve ser determinada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes[1].

Exige a Lei, ainda, laudo médico circunstanciado justificando a medida, subscrito por médico devidamente registrado junto ao CRM.

1 Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

O art. 2º, parágrafo único, inciso VII, da Lei 10.216/01[2], garante ao paciente, ainda, o direito de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento. Dessa maneira, informações acerca do prazo da internação, sem sombra de dúvidas, afigura-se como um direito de informação.

Além do mais, por se tratar de internação compulsória, a delimitação do prazo é de suma importância, pois, a restrição indevida da liberdade do paciente poderá configurar constrangimento ilegal.

Por tais razões, a internação psiquiátrica compulsória, deverá ser mais breve possível, cabendo ao profissional da saúde delimitar o tempo necessário para a internação. Em outras palavras, não cabe à Defensoria Pública, ao Estado de Mato Grosso do Sul, tampouco ao Poder Judiciário, estipularem o prazo da internação.

Neste exato sentido já decidiu este e. Tribunal de Justiça:

> *"RECURSO DE APELAÇÃO – OBRIGAÇÃO DE FAZER INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA –* ***PRAZO DE INTERNAÇÃO NÃO PREVISTO EM LEI –*** *RECURSO NÃO PROVIDO.* ***A Lei n. 10.216/01, que versa sobre a internação compulsória, não traz prazo máximo para sua manutenção. Assim, não cabe ao Judiciário estipular quando ocorrerá o término da internação para tratamento de saúde. Outrossim, a internação deve ocorrer pelo prazo necessário, de acordo com a prescrição médica, que analisa a evolução do tratamento****. Recurso conhecido e não provido."* (TJMS; AC 0803233-81.2018.8.12.0017; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Vilson Bertelli; DJMS 01/04/2020; Pág. 66) – Destaquei

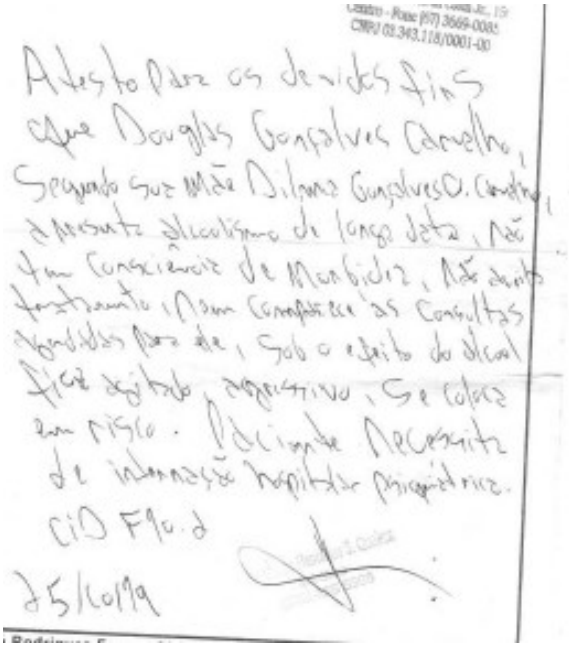
No caso, a agravada, assistida pela Defensoria Pública, alega que o prazo mínimo deverá ser de 6 meses. O Estado defende que o prazo máximo deverá ser de 90 dias. A decisão agravada não fixa prazo mínimo ou máximo.

No entanto, a inicial foi instruída com apenas dois laudos médicos (f. 15 e 16 do processo principal na origem). Ao analisar referidos laudos, a despeito de atestarem a necessidade da medida - internação compulsória - em momento algum indicam qual seria o prazo necessário de internação.

Confira:



2 Art. 2º Nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis serão formalmente cientificados dos direitos enumerados no parágrafo único deste artigo.
Parágrafo único. **São direitos da pessoa portadora de transtorno mental**:
(...)
VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;



Nesse contexto, objetivando adequar o fato à norma, o recurso comporta provimento para o fim específico de fixar o prazo de 30 (trinta dias), contados da data da internação do paciente, para que a parte agravada anexe aos autos laudo médico circunstanciado, contento o prazo necessário para o tratamento em regime de internação. No caso de desatendimento, a internação compulsória deverá ser imediatamente cessada pelo juízo de origem.

Consigna-se que o tratamento deverá perdurar pelo tempo que for necessário, desde que mediante expressa recomendação médica.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação e a ele dou parcial provimento, para o fim específico de fixar o prazo de 30 (trinta dias), contados da data da internação do paciente, para que a parte agravada anexe aos autos laudo médico circunstanciado, contento o prazo necessário para o tratamento em regime de internação. No caso de desatendimento, a internação compulsória deverá ser imediatamente cessada pelo juízo de origem.

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. 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, 4 de maio de 2020.

***

1ª Câmara Cível
Relator Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida
Agravo de Instrumento nº 1404682-08.2020.8.12.0000 – Dourados

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTE DE TRÂNSITO – PRELIMINARES AFASTADAS – PROVA EMPRESTADA – DISCORDÂNCIA DAS REQUERIDAS – PERÍCIA JUDICIAL – DESATENDIMENTO QUE PODE IMPLICAR EM CERCEAMENTO DE DEFESA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Conforme restou decidido pelo STJ nos Recursos Especiais Repetitivos n. 1.696.396/MT e 2.704.520/MT - TEMA 988, rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada.

Estando o recurso suficientemente motivado, resta afastada a preliminar de não conhecimento por ofensa ao princípio da dialeticidade.

Considerando que houve insurgência com a utilização de laudo pericial como prova emprestada, o acolhimento do pedido implicaria em flagrante violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, notadamente pelo fato de que o processo em que produzida referida prova não guarda identidade de partes com o processo sob exame.

O Magistrado é o destinatário da prova, cabendo a ele a condução do processo. Na hipótese agiu o Juiz de forma prudente ao determinar a elaboração de laudo pericial, garantindo as partes requeridas o direito formular quesitos e indicar assistente técnico.

Recurso conhecido e improvido.

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, 10 de junho de 2020.

Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida

Relator do processo

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Mário Marcelo Moreira em face de Deixe Pinheiro Vieira e Caixa Seguradora S/A, objetivando a reforma de decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados, nos Autos n. 0806431-74.2018.8.12.0002, que determinou a realização de perícia judicial.

Sustenta, em síntese, que havia postulado a realização de prova pericial nos autos principais, no entanto, no decorrer da lide, foi submetido a perícia em um outro Processo Judicial (0806145-96.2018.8.12.0002), sendo constatada invalidez permanente em membros superiores esquerdo e direito, com repercussão de 25% cada, bem como em membro inferior com repercussão de 50%.

Defende que, como já foi submetido a perícia, ainda que em um outro processo, não se faz necessária a realização da perícia neste processo, bastando a juntada do laudo pericial como prova emprestada.

Alega que a juntada do laudo produzido em outro juízo não acarretará limitação ou cerceamento de defesa, haja vista que nenhuma informação nova poderia ser extraída dos mesmos dados objetivos já examinados.

Ao final, requer conhecimento e provimento do recurso a fim de que seja deferida a utilização do laudo pericial realizado nos Autos n. 0806145-96.2018.8.12.0002 como prova emprestada no processo originário.

Em sede de contrarrazões, ambos agravados arguiram preliminares de não conhecimento do recurso eis que manejado fora das hipóteses do art. 1.015 do CPC, bem como de ofensa ao princípio da dialeticidade. No mérito, pugnam pelo improvimento do recurso (f. 19-27 por Deise Pinheiro Vieira e às f. 28-37 pela Caixa Seguradora S/A).

VOTO

O Sr. Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida. (Relator)

Preliminar de não conhecimento – recurso fora das hipóteses do art. 1.015 do CPC.

As partes agravadas, em sede de contrarrazões (f. 19-27 e 28-37) arguiram preliminar de não conhecimento do recurso, uma vez que manejado fora do rol taxativo do art. 1.015 do CPC.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar os Recursos Especiais n. 1.696.396/MT e 2.704.520/MT, pela sistemática dos recursos repetitivos, firmou tese no Tema 988 no sentido de que o rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada. Confira:

> *"RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA – DIREITO PROCESSUAL CIVIL – NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015 – IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL – POSSIBILIDADE – TAXATIVIDADE MITIGADA – EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI – REQUISITOS. 1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal.*
>
> *(...)*
>
> ***6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação****.(...)."* (G.n.)

Nesse contexto, considerando que o trânsito em julgado ocorreu na data de 22/02/2019, diante de sua força normativa, os demais recursos que versem sobre idêntica controvérsia, devem ser decididos nos exatos termos da tese firmada, sendo esta, aliás, a expressa disposição do art. 1.039 do CPC:

> *"Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados* ***os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada.****"* (Grifei)

Dessa forma, afasto as preliminares.

Preliminar de não conhecimento – ofensa ao princípio da dialeticidade.

Em que pesem os argumentos expendidos pelas agravadas, verifica-se o apelo está suficientemente motivado, já que facilmente se verifica qual a pretensão do agravante com o manejo do presente recurso. Além do mais, tenho que os fundamentos da decisão combatida, ainda que minimamente, foram objeto de abordagem devendo, pois, ser afastada referida preliminar. Corroborando com este entendimento:

> *"APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO DE COBRANÇA – PRELIMINARES DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE E NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – REJEITADAS – MÉRITO – AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE – INCENTIVO ADICIONAL FEDERAL – VERBA DEVIDA – MULTA COMINATÓRIA – CABIMENTO – FIXAÇÃO ESCORREITA – RECURSOS NÃO PROVIDOS.* ***Rejeita-se a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade quando verificado que a apelação cível encontra-se suficientemente motivada.*** *Afasta-se a preliminar de nulidade da sentença suscitada nas razões recusais, porquanto a sentença hostilizada, a despeito de concisa, encontra-se fundamentada. Mantém-se a sentença que declarou o direito da parte autora à percepção do denominado Incentivo Financeiro Adicional."* (TJMS. Apelação / Remessa Necessária n. 0801503-88.2017.8.12.0043, São Gabriel do Oeste, 1ª Câmara Cível, Relator: Des. Sérgio Fernandes Martins, j: 22/01/2019, p: 24/01/2019.) (Grifei).

Afasto, pois, a preliminar.

Mérito.

Quanto ao mérito, a controvérsia consubstancia-se na determinação proferida pelo juízo de primeiro grau que, primando pelo contraditório e ampla defesa, determinou a realização de prova pericial Vejamos trecho da decisão agravada (f. 546 do processo principal na origem):

> *"Trata-se de requerimento formulado pelo Autor, às f. 530-531, de juntada do laudo pericial médico, proveniente dos Autos nº 0806145-96.2018.8.12.0002, que também tramitam perante esta Vara Cível, visando seu aproveitamento neste feito como prova emprestada.*
>
> *Instadas, as Rés se manifestaram discordando da referida pretensão autoral e pugnando pela desconsideração daquele laudo (f. 540-542).*
>
> *Diante de tal conjuntura, evidenciado a resistência por parte das Rés, indefiro, sem maiores delongas, a juntada e a utilização da prova emprestada, oriunda dos Autos nº 0806145-96.2018.8.12.0002, porquanto a elas não podem ser opostas as provas colhidas naquele processo, do qual não participaram, sob pena de afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa."*

Em que pesem os argumentos expendidos pelo agravante, o recurso não comporta provimento.

Isso porque, nos termos dos artigos 125 e 130 do CPC, o juiz possui liberdade na condução do processo no sentido de somente admitir a utilização de prova emprestada nos casos em que houver aquiescência da parte adversa.

Assim, considerando que as agravantes se insurgiram com a utilização de laudo pericial como prova emprestada, o acolhimento do pedido implicaria em flagrante violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, notadamente pelo fato de que o processo em que produzida referida prova não guarda identidade de partes com o presente feito.

Neste sentido:

> *"PROVA EMPRESTADA – DISCORDÂNCIA DA PARTE CONTRÁRIA. Nos termos dos artigos 125 e 130 do CPC, o juízo possui liberdade na direção do processo, podendo acatar a produção de provas necessárias ao deslinde da controvérsia e indeferir diligências inúteis ou desnecessárias. Todavia, a par desta ampla liberdade atribuída ao magistrado, só*

> *se admite a utilização de prova emprestada se devidamente convencionada pelos litigantes, sob pena de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV da CF).”* (TRT 3ª R.; RO 0011376-48.2016.5.03.0087; Nona Turma; Relª Desª Maria Stela Alvares da Silva Campos; DEJTMG 14/06/2019; Pág. 1769)

Além do mais, consoante artigo 370, parágrafo único do Código de Processo Civil, compete ao juízo responsável pela condução do processo a análise das provas necessárias na busca da verdade, vejamos:

> *“Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.*
>
> *Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”*

Urge registrar novamente, que o magistrado está restrito à sua própria consciência, pois analisará as provas segundo sua convicção, não se podendo olvidar que é o destinatário das provas, sendo que cabe a ele indeferiu as considere inúteis ou meramente protelatórias, bem como determinar a produção de prova estritamente indispensável para a solução do litígio, como por exemplo laudo pericial em ação como a presente (ação de responsabilidade civil por acidente de trânsito c/c danos morais, estéticos e pensão).

Assim, em sendo o Magistrado o destinatário da prova e cabendo a ele a condução do processo, tenho que na hipótese agiu de forma prudente ao determinar a elaboração de laudo pericial, garantindo as partes formular quesitos e indicar assistente técnico.

De rigor consignar que a inobservância dos princípios do contraditório e da ampla defesa poderia, facilmente, anular os atos processuais eivados de vícios, o que, certamente, causaria imenso prejuízos às partes, principalmente ao agravante, já que autor da ação indenizatória.

Em face do exposto, conheço do recurso de agravo de instrumento interposto por Mário Marcelo Moreira, porém 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. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 10 de junho de 2020.

***

Jurisprudência Criminal



3ª Câmara Criminal
Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz
Apelação Criminal nº 0047456-06.2018.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. 16 DA LEI 10.826/03) – PRELIMINAR – PROVA ILÍCITA – AFASTADA – CRIME PERMANENTE – ESTADO DE FLAGRANTE DELITO – MÉRITO – ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE MATERIAL – IMPOSSIBILIDADE – CRIME DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – INCABÍVEL – MATERIALIDADE E AUTORIA CONSUBSTANCIADOS – DEPOIMENTO DOS POLICIAIS – VALIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ARTIGO 12 DA LEI 10.826/03 – INADMISSÍVEL – NUMERAÇÃO SUPRIMIDA – DOSIMETRIA – REDUÇÃO DA PENA – POSSIBILIDADE – PENA-BASE – APLICADA FRAÇÃO DE 1/8 – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não se vislumbra ofensa à inviolabilidade de domicílio, porquanto, tratando-se de crime permanente, como é o caso da posse ilegal de arma de fogo, enquanto durar a permanência o agente poderá ser preso em flagrante, sendo certo que a Constituição Federal prevê, em seu artigo 5º, inciso XI, exceção à regra da inviolabilidade do lar, o ingresso da autoridade policial para efetuar a prisão em flagrante, sem mandado judicial. *In casu*, além do estado de flagrante delito, por se tratar de crime permanente, restou evidenciado que a esposa do apelante permitiu a entrada dos policiais.

A consumação do crime do artigo 16 da Lei 10.826/03 ocorre com a simples posse ou porte ilegal da arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, não demandando qualquer resultado naturalístico.

Os depoimentos de policias que participaram das diligências são elementos de extrema importância para o esclarecimento dos fatos, notadamente quando repetidos em Juízo, e em coerência com outros elementos de prova extraídos do caderno probatório. Precedentes.

Na hipótese, conforme laudo pericial, a arma apreendida na posse do recorrente estava com a numeração suprimida. O disposto no artigo 16, § 1º, inciso IV, da Lei 10.826/03 é aplicado para qualquer calibre, permitido ou restrito. Inaplicabilidade do Decreto nº 9.847/2019. Precedentes.

Mantida desfavorável a moduladora das circunstâncias do crime, tendo em vista a pluralidade de armas. Dosimetria readequada. Aplicada fração de 1/8 na exasperação da pena-base. Precedentes.

Recurso parcialmente 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 unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 23 de abril de 2020.

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto por Renato Ferreira Alves contra a sentença (f. 182-185) que o condenou a 03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e no pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa, pela prática do crime do artigo 16 (posse ilegal de arma de fogo de uso restrito) da Lei n.º 10.826/03, cuja corpórea foi substituída por duas penas restritivas de direitos.

Sustenta, em preliminar, a ilegalidade das provas obtidas, haja vista que o ingresso dos policiais em sua residência se deu em ofensa ao artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

No mérito, pugna pelo reconhecimento da atipicidade da conduta e, alternativamente, assevera inexistir provas suficientes a embasar o édito condenatório, razão pela qual pleiteia a absolvição.

Subsidiariamente, milita pela desclassificação da conduta para o crime do artigo 12 da Lei 10.826/03, como também a redução da pena ao mínimo legal (f. 210-222).

Contrarrazões pelo não provimento do apelo (f. 228-235).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer, opina pelo desprovimento do recurso. Ao final, apresenta prequestionamento (f. 240-251).

VOTO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto por Renato Ferreira Alves contra a sentença (f. 182-185) que o condenou a 03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e no pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa, pela prática do crime do artigo 16 (posse ilegal de arma de fogo de uso restrito) da Lei n.º 10.826/03, pois, conforme narra a denúncia:

> *"1. No dia 03.12.2018, por volta das 23hrs, na rua Filomena Segundo Nascimento, n.409, casa 01, bairro Jardim Monumento, nesta cidade de Campo Grande, MS, o denunciado Renato Ferreira Alves possuía/tinha sob sua guarda/ocultava 01 arma de fogo com número de série suprimido, (I) uma arma de fogo tipo revólver, marca Taurus Especial, oxidado, com numeração suprimida, coronha de madeira, cano 3 polegadas; (II) uma arma de fogo tipo revólver, calibre .357, marca Taurus Magnum, n. de série PF406299, oxidado, cano 03 polegadas; (III) 02 munições, calibre .357, marca Águila; e, (IV) 02 munições, calibre .357, marca Magnum, de uso restrito, sem autorização e em desacordo com a determinação legal.*
>
> *2. Na ocasião dos fatos, o denunciado Renato Ferreira Alves estava na frente de sua residência quando visualizou uma guarnição da polícia militar e correu para o interior do seu imóvel. Os policiais militares, desconfiados da atitude do denunciado, realizaram a abordagem do mesmo e prosseguiram com a vistoria em sua residência, ocasião que encontraram no cesto de lixo do banheiro, em baixo de papeis higiênicos sujos, 02 armas de fogo, uma desmuniciada e outra com 04 munições.*
>
> *3. O denunciado Renato Ferreira Alves confessou a propriedade das armas de fogo, afirmando que as adquiriu em um bar, de um desconhecido que veio da cidade de Anhandui, MS, pelo valor de R$4.000,00."*

O apelante sustenta, em preliminar, a ilegalidade das provas obtidas, haja vista que o ingresso dos policiais em sua residência se deu em ofensa ao artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

No mérito, pugna pelo reconhecimento da atipicidade da conduta e, alternativamente, assevera inexistir provas suficientes a embasar o édito condenatório, razão pela qual pleiteia a absolvição.

Subsidiariamente, milita pela desclassificação da conduta para o crime do artigo 12 da Lei 10.826/03, como também a redução da pena ao mínimo legal

Passo à análise do recurso.

A preliminar suscitada pelo recorrente não merece guarida.

DELMANTO[1], ao tratar sobre o momento da consumação do delito do artigo 16 da Lei 10.826/03, preleciona:

> *"(...) alguns crimes são de consumação instantânea (adquirir, fornecer, receber, ceder, empregar); outros são de consumação permanente (possuir, deter, portar, manter sob guarda), protraindo-se no tempo e viabilizando o estado de flagrância."*

O Código de Processo Penal, nos artigos 302 e 303, define qual são as situações que caracterizam o flagrante delito:

> ***"Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:***
>
> ***I - está cometendo a infração penal****;*
>
> *II - acaba de cometê-la;*
>
> *III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;*
>
> *IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.*
>
> ***Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência."*** (g.n.)

No caso em estudo, restou demonstrado que os castrenses, na noite dos fatos, enquanto efetuavam a apreensão de um adolescente infrator, perceberam que o apelante, ao avistá-los na rua, entrou correndo na casa e fechou o portão.

Tal atitude do recorrente provocou nos policiais fundada e concreta suspeita de que haveria situação de flagrante delito, ocasião em que se dirigiram até a residência do recorrente, tendo a esposa do apelante permitido o ingresso no domicílio.

Por outro lado, o argumento defensivo se lastreia apenas na negativa do recorrente, haja vista não ter produzido qualquer outra prova (artigo 156 do CPP), mormente a oitiva da esposa do apelante, que presenciou todos os fatos e é apontada pelos policiais como a pessoa que deu autorização para que adentrassem na residência.

Desse modo, não se vislumbra ofensa à inviolabilidade de domicílio, porquanto, tratando-se de crime permanente, como é o caso da posse ilegal de arma de fogo, enquanto durar a permanência o agente poderá ser preso em flagrante, sendo certo que a Constituição Federal prevê, em seu artigo 5º, inciso XI, exceção à regra da inviolabilidade do lar, o ingresso da autoridade policial para efetuar a prisão em flagrante, sem mandado judicial.

Quanto à desnecessidade de mandado em caso de flagrante, é perfeitamente adequada ao caso a lição de Guilherme de Souza Nucci[2] ao elucidar o artigo 241 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

1 DELMANTO, Roberto; DELMANTO Jr., Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva educação, 2018. p. 912.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 9. ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 538.

> *"(...) é indiscutível que a ocorrência de um delito no interior do domicílio autoriza a sua invasão, a qualquer hora do dia ou da noite, mesmo sem o mandado, o que, aliás, não teria mesmo sentido exigir fosse expedido. Assim, a polícia pode ingressar em casa alheia para intervir num flagrante delito, prendendo o agente e buscando salvar, quando for o caso, a vítima. Em caso de crimes permanentes (aqueles cuja consumação se prolonga no tempo), como é o caso do tráfico de entorpecentes, na modalidade 'ter em depósito' ou 'trazer consigo', pode o policial penetrar no domicílio efetuando a prisão cabível (...)."*

Verifica-se ter sido apreendido no domicílio do apelante uma arma de fogo tipo revólver, marca Taurus Especial, oxidado, com numeração suprimida, coronha de madeira, cano 3 polegadas, uma arma de fogo tipo revólver, calibre .357, marca Taurus Magnum, n. de série PF406299, oxidado, cano 03 polegadas, 02 munições, calibre .357, marca Águila e 02 munições, calibre .357, marca *Magnum*.

No panorama apresentado, diante do caráter permanente do delito em tela, restou evidenciada a situação de flagrância, o que legitimou o ingresso dos policiais no domicílio do apelante, ainda que sem autorização judicial, mas com permissão da esposa do recorrente.

A propósito:

> *"EMENTA – APELAÇÃO DEFENSIVA –* ***POSSE E PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS NÃO ACOLHIDA – NÃO HOUVE A INDEVIDA INVASÃO DE DOMICÍLIO PORQUE O CRIME DE POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO É PERMANENTE*** *– CONDENAÇÃO MANTIDA – CONTINUIDADE DELITIVA INVIÁVEL – RECURSO DESPROVIDO. I –* ***Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade da prova coligida nos autos por indevida invasão ao domicílio do apelante, no caso em que o crime é permanente, sendo que a situação de flagrância se protrai no tempo, prescindindo-se de autorização ou mandado judicial para a incursão policial na residência do réu****. II – (...). III – (...)."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0000262-21.2017.8.12.0041, 1ª Câmara Criminal, Rel. Desª Elizabete Anache, j: 07/11/2019) - Destaquei.

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL –* ***POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO – PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO PARA AS BUSCAS QUE RESULTARAM NA APREENSÃO DAS ARMAS E MUNIÇÕES VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO – NÃO ACOLHIMENTO – CRIME PERMANENTE – MANIFESTA SITUAÇÃO DE FLAGRANTE – EXCEÇÃO À REGRA CONSTITUCIONAL DA INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO – PREFACIAL REJEITADA****. I –* ***O princípio constitucional da inviolabilidade de domicílio não é absoluto, sendo excepcionado por situações de flagrante delito, especialmente em casos como o retratado nos autos, em que havia fundada suspeita da prática de crime de natureza permanente, de modo que eventual ausência de consentimento ou de mandado judicial não resulta em ilegalidade das buscas realizadas no interior do imóvel****. II –* ***Prefacial rejeitada****. (...)."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0000492-79.2016.8.12.0047, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Emerson Cafure, j: 30/05/2019) - Destaquei.

Dessa forma, afasto a preliminar de nulidade arguida pela defesa.

No que concerne à pretensão absolutória, melhor sorte não assiste ao apelante.

A materialidade do delito restou consubstanciada no auto de prisão em flagrante (f. 12-15), Boletins de Ocorrência nº 14732/2018 e 604/2018 (f. 48-52 e 53-55), termo de exibição e apreensão (f. 57-58), laudo pericial (f. 161-171) e demais provas produzidas em juízo.

A autoria é certa e recai sobre o recorrente.

Júlio Cezar Barbosa Cordeiro e Ricardo Henrique Cáceres Gontijo (f. 16-17, 19-20 e mídias de f. 182-185), policiais militares, relataram que, na noite dos fatos, apreenderam em via pública um adolescente cometendo ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas. No desenrolar da abordagem, revelaram que

o menor infrator contou que possuía mais entorpecentes em casa, ocasião em que se deslocaram até o endereço residencial apontado pelo infrator.

Noticiaram que, ao chegarem no destino, visualizaram o apelante na rua, que, de pronto, correu para dentro da sua casa e fechou o portão.

Noticiaram que se dirigiram até o portão da residência e foram atendidos pela esposa do recorrente, que lhes permitiu a entrada, e, no interior da casa, encontraram o apelante na cozinha.

Declararam que as armas de fogo, um revólver calibre .357 e outro .38, com numeração suprimida, foram localizadas dentro do cesto de lixo no banheiro, embaixo de papéis higiênicos usados, e o apelante, de imediato, admitiu ser o dono do armamento.

O recorrente, tanto na fase inquisitiva (f. 21-22) quanto em juízo (mídia de f. 186), confessou a autoria do delito e revelou que as armas foram adquiridas de terceira pessoa, cerca de um mês antes, pelo valor de R$ 3.000,00 (três mil reais).

Dentro deste cenário, absolutamente inconsistente a alegação de insuficiência probatória, uma vez que os depoimentos de policias que participaram das diligências, sem qualquer dúvida, são elementos de extrema importância para o esclarecimento dos fatos, notadamente quando repetidos em Juízo, e em coerência com outros elementos de prova extraídos do caderno probatório (auto de apreensão de f. 57-58), como também pelo laudo pericial de f. 161-171 e pela confissão do apelante.

Ressalte-se que a palavra do policial é revestida de presunção de veracidade e também tem valor como qualquer outra prova que se produza nos autos:

> *"(...) preceitua o art. 202 do CPP que 'toda pessoa pode ser testemunha', logo, é indiscutível que os policiais, sejam eles os autores da prisão do réu ou não, podem testemunhar sob o compromisso de dizer a verdade e sujeitos às penas do crime de falso testemunho[3]."*

Outrossim, não há qualquer motivo para dúvida acerca da narrativa dos fatos apresentada pelos policiais, que, ouvidos sob o crivo do contraditório, esclareceram os acontecimentos, sem qualquer interesse em prejudicar o apelante.

Nesse sentido:

> *"HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – CRIMES COMETIDOS NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76 – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO – ALEGAÇÃO DE CONDENAÇÃO EXCLUSIVAMENTE EM DEPOIMENTOS DE POLICIAIS CIVIS – MEIO DE PROVA IDÔNEO – NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO – ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA – PENA- BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO LACÔNICA – CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA – APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 – INAPLICABILIDADE – DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA – DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90 – REGIME PRISIONAL – APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL – POSSIBILIDADE – WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE. 1(...) 2. Conforme entendimento desta Corte, não há óbice a que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do paciente sejam considerados na sentença como meio de prova para embasar a condenação, desde que colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de cognição, tal como na hipótese (...)."* (STJ. *HC* 166124/ES. Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado). 5ª Turma. Julgado em 21/06/2012).

> *"PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA*

3 NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 323.

O TRÁFICO – CONDENAÇÃO BASEADA APENAS EM PROVAS OBTIDAS NA FASE INQUISITORIAL – NÃO OCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE OFENSA AO ART. 155 DO CPP – DEPOIMENTO DE POLICIAIS – MEIO DE PROVA IDÔNEO – PRECEDENTES – ACÓRDÃO DEVIDAMENTE MOTIVADO – REVISÃO DE MATÉRIA PROBATÓRIA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ. 1. De acordo com a jurisprudência predominante deste Superior Tribunal de justiça, são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. 2. 3. 4 . Agravo regimental improvido." (STJ; AgRg-Ag 1.336.609; Proc. 2010/0139710-3; ES; 6ª Turma; Relª Minª Maria Thereza Assis Moura; DJE 14/08/2013; Pág. 1193).

Outrossim, para a consumação do delito do artigo 16 da Lei nº 10.826/03, basta que o agente mantenha a posse do armamento de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, vez que se trata de crime de mera conduta e de perigo abstrato, não demandando qualquer resultado naturalístico.

Nesse diapasão, colaciona-se jurisprudência deste Sodalício:

*"EMENTA – **APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – CRIME DE MERA CONDUTA – BASTA POSSUIR** – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DE POSSE DE ARMA DE FOGO – AFASTADO – EXCLUDENTE DO ESTADO DE NECESSIDADE – NÃO CONFIGURADO – RESTITUIÇÃO DO BEM APREENDIDO – IMPOSSIBILIDADE – EFEITO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DESPROVIDO. 1. (...). **É assente que o porte ilegal de arma de fogo/munição é crime de mera conduta, ou seja, a ação de portar basta para constituir o crime. É também crime de perigo abstrato, consuma-se com a prática da conduta, ou melhor, como é tratado pela Doutrina, é crime de simples desobediência. 2. O fato de o agente estar portando arma de fogo e munição sem autorização é suficiente para a caracterização desse delito, não importando o resultado concreto da ação**. 3. (...)."* (TJMS. Apelação n. 0030848-35.2015.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, j: 11/06/2018) - Destaquei.

*"EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS – ARTIGO 35, CAPUT , DA LEI 11.343/06 – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR FRAGILIDADE DE PROVAS – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO E SUFICIENTE À CONDENAÇÃO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – **POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO** – ART. 12 DA LEI Nº 10.826/2003 – **POTENCIALIDADE LESIVA DO ARTEFATO – ARMA DESMUNICIADA – CRIME DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO** – PREQUESTIONAMENTO – EMBARGOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS, COM O PARECER. 1. (...). 2. **Ainda que a arma de fogo esteja desmuniciada, o fato é típico, pois, por se tratar de crime de mera conduta, irrelevante a comprovação do efetivo perigo, a existência de um evento material ou o propósito do agente, de sorte que o simples fato de possuir arma de fogo de uso permitido no interior da residência, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, já expõe à lesão o objeto jurídico tutelado, qual seja, a segurança pública e a paz social**. 3. (...)."* (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0002008-72.2017.8.12.0024, 2ª Seção Criminal, Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 12/03/2020) - Destaquei.

O Superior Tribunal de Justiça posiciona-se no mesmo sentido:

*"AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO ESPECIAL – **POSSE ILEGAL DE ARMAS DE FOGO** DE USO PERMITIDO E DE MUNIÇÕES DE USO RESTRITO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – INOVAÇÃO RECURSAL NO REGIMENTAL – **ATIPICIDADE** – **DELITO DE PERIGO ABSTRATO** – ÓRGÃO JULGADOR NÃO PRECISA REBATER TODOS OS ARGUMENTOS TRAZIDOS PELAS PARTES – AGRAVO DESPROVIDO. I - (...). II - **Atipicidade dos crimes de perigo abstrato, delitos de mera conduta: desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim***

a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com a posse da arma de fogo, ainda que desprovida de munição. Precedentes. *III - (...).”* (AgRg no AREsp 1592038/RS, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Des. Conv. do TJ/PE), 5ª Turma, julgado em 18/02/2020, DJe 28/02/2020). Destaquei

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – ***POSSE ILEGAL DE ARMA DE USO RESTRITO – ARMA DESMUNICIADA – TIPICIDADE – DELITO DE MERA CONDUTA E PERIGO ABSTRATO*** *– AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1.* ***Esta Corte Superior firmou o entendimento de que é irrelevante estar a arma desmuniciada para a configuração do delito de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, por se tratar de crime de mera conduta e de perigo abstrato****. 2. (...).”* (AgRg no *HC* 450.234/MS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgado em 06/11/2018, DJe 21/11/2018) - Destaquei.

Desse modo, não há que se falar em atipicidade da conduta do apelante, bem como em absolvição por ausência de provas, tendo em vista o robusto conjunto probatório angariado nos autos.

No tocante ao pedido de desclassificação para o crime do artigo 12 da Lei 10.826/03, entendo ser incabível, uma vez que o apelante manteve sob sua posse arma de fogo com numeração suprimida, conforme laudo pericial (f. 161-171).

Assim, praticou o delito insculpido no artigo 16 da Lei 10.826/03, haja vista que o disposto no § 1º, inciso IV, do mesmo artigo é aplicado para qualquer calibre, permitido ou restrito, desde que a numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação esteja raspado, suprimido ou adulterado, sendo inaplicável o Decreto nº 9.847/2019.

Nesse diapasão, colaciono jurisprudência:

*“****Devidamente comprovado que a arma de fogo portada pelo denunciado ostentava numeração raspada, seja ela de uso permitido ou restrito, a conduta se amolda ao disposto no art. 16, IV, da Lei 10.826/2003****, cuja finalidade incide justamente em punir com maior rigor o agente que possui ou porta arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado, em razão da maior lesividade social que tal conduta representa, dada a dificuldade de controle e identificação de seu proprietário, bem como de eventual ligação deste em crimes.”* (TJMS. Apelação Criminal n. 0040223-60.2015.8.12.0001, 1ª Câmara Criminal, Rel. Juiz Lúcio R. da Silveira, j: 22/04/2019) - Destaquei.

“Cumpre relatar que, com alteração normativa do Decreto nº 3665 de novembro de 2000, promovida pelo Decreto nº 9847 de 25 de junho de 2019, ocorreu a modificação dos critérios técnicos e alguns armamentos e munições anteriormente classificados como de uso restrito, passaram a ser de uso permitido, o que poderia importar na retroatividade da Lei Penal. Contudo, ***deve ser afastado o pleito de desclassificação do delito para aquele previsto no artigo 12, da Lei de armas, eis que tratando-se de arma de fogo com numeração suprimida, inobstante ser de uso permitido ou restrito, remeterá ao disposto no artigo 16, § 1º, IV, do mesmo diploma legal****.”* (TJRJ; APL 0002335-43.2017.8.19.0017; 8ª Câmara Criminal; Rel. Des. Cláudio Tavares de Oliveira Junior; DORJ 16/03/2020; Pág. 292) - Destaquei.

“APELAÇÃO CRIMINAL – ***POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA (ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, I, DA LEI Nº 10.826/2003)****. (...).* ***Desclassificação para o crime de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14 da Lei nº 10.826/03), pelo advento do Decreto nº 9.847/2019. Impossibilidade. Mera posse de arma de fogo com numeração suprimida suficiente à configuração do crime do art. 16, parágrafo único, I, Lei nº 10.826/03)****. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.”* (TJSC; ACR 0004343-31.2018.8.24.0045; Palhoça; 4ª Câmara Criminal; Rel. Des. José Everaldo Silva; DJSC 13/02/2020; Pag. 385) - Destaquei.

“O Decreto nº 9.785/2019, publicado em 7.5.2019 (posterior ao delito em exame, ocorrido em 13.2018), alterou o rol de armamentos considerados de uso permitido e restrito,

> *alargando a potência das armas de fogo de uso permitido para até 1.200 (mil e duzentos) libras-pé ou 1.620 (mil seiscentos e vinte) joules. 3.1. Tal Decreto foi revogado pelo Decreto nº 9.844/2019, o qual, por sua vez, foi revogado pelo Decreto nº 9.847/2019, que se encontra em vigor conjuntamente com os Decretos 9.845/2019 e 9.846/2019. 3.2.* ***Réu que possuía e tinha em depósito arma de fogo com numeração suprimida pratica crime descrito no art. 16 da Lei nº 10.826/03, independente do seu calibre, não havendo que se falar em desclassificação****."* (TJDF; APR 0003514-41.2018.8.07.0007; 2ª Turma Criminal; Relª Desª Maria Ivatônia; Julg. 06/02/2020; Publ. PJe 11/02/2020) - Destaquei.

No que diz respeito à diminuição da pena, com razão o apelante.

A magistrada de primeiro grau, ao efetuar a dosimetria da pena, entendeu ser desfavorável a vetorial das circunstâncias do delito (f. 182-185), *in verbis*:

> *"As circunstâncias do crime exigem maior reprovação, visto que além do revólver, calibre .38, com numeração raspada (equiparado a arma de uso restrito) foram apreendidos em poder do réu uma arma de fogo, tipo revólver, calibre .357, marca Taurus Magnum, e duas munições, calibre .357, marca magnum. A pluralidade de artefatos justifica a exasperação da pena-base diante do maior risco à incolumidade pública."*

Desse modo, mantenho a exasperação da pena-base, pois a pluralidade de armas encontradas na posse do apelante constitui fundamentação idônea para negativar a moduladora referente às circunstâncias do crime e, consequentemente, aumentar a pena na primeira fase da dosimetria[4].

No que diz respeito ao *quantum*, é imperioso registrar que o Código Penal não estabelece um percentual mínimo ou máximo para elevação da reprimenda em razão de cada circunstância judicial desfavorável, de modo que tal atividade insere-se no campo de discricionariedade do magistrado, o qual avaliará, em cada caso concreto, a quantidade de pena suficiente para a prevenção e reprovação do delito, à luz da proporcionalidade e da razoabilidade, em atenção ao princípio da individualização da pena.

Contudo, o e. Superior Tribunal de Justiça traçou um critério objetivo que pode servir de parâmetro para o julgador na primeira fase da dosimetria penal, que consiste em atribuir 1/8 (um oitavo) de aumento para cada circunstância judicial desfavorável, o qual deverá incidir sobre intervalo da pena previsto no preceito secundário do tipo penal[5].

Apesar de não se tratar de uma fórmula absoluta, a jurisprudência tem considerado que tal fração atende ao princípio da proporcionalidade que deve nortear a individualização da pena.

Nesse sentido, colaciono precedente desta Corte:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – LESÃO CORPORAL GRAVE – PENA-BASE – ANTECEDENTES – CONDENAÇÃO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO – MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS – FRAÇÃO DE 1/8 – CONFISSÃO QUALIFICADA – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 545 DO STJ – REDIMENSIONAMENTO DA PENA – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO – EM PARTE COM O PARECER. (...).* ***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 para cada moduladora desfavorável, atendendo-se ao princípio da proporcionalidade.*** *(...)."* (TJMS; APL n. 0020261-22.2013.8.12.0001, Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros, 3ª Câmara Criminal, Julgado em 05/07/2018) – destaquei.

De acordo com o aludido critério, cada circunstância desfavorável, relativa ao crime inserto no artigo 16 da Lei nº 10.826/03, deverá acrescentar 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias à pena-base, uma vez que tal

4 TJMS. Apelação Criminal n. 0005479-13.2014.8.12.0021, 2ª Câmara Criminal, Rel. Juiz Waldir Marques, j: 16/10/2019

5 cf.: *HC* 401.139/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017; *HC* 306.407/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 12/09/2017, DJe 21/09/2017; *HC* 296.562/SP, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 04/09/2017; *HC* 378.982/MG, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 08/08/2017, DJe 18/08/2017.

quantum representa a fração de 1/8 (um oitavo) do intervalo entre as penas mínima e máxima previstas no preceito secundário do tipo penal (03 (três) anos a 06 (seis) anos).

Assim, contata-se que a elevação, procedida na dosimetria suplantou a aludida fração, uma vez que a pena-base restou estabelecida em 04 (quatro) anos de reclusão.

Nesse passo, procedo a readequação da dosimetria.

Primeira fase: apenas a moduladora das circunstâncias do delito é desfavorável, assim, aplico a fração de 1/8 (um oitavo), entre as penas mínima e máxima cominadas ao delito, para estabelecer a pena-base em 03 (três) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, e 15 (quinze) dias-multa.

Segunda fase: presente a atenuante da confissão espontânea, motivo pelo qual reduzo a pena na fração de 1/6 (um sexto) e fixo-a em 03 (três) anos de reclusão,e 10 (dez) dias-multa, haja vista a impossibilidade de diminuição além o mínimo legal (Súmula 231 do STJ), a qual quedo por definitiva, haja vista a ausência de circunstância agravante, como também de causa de diminuição e de aumento de pena.

Mantenho as demais disposições da sentença inalterados.

Por fim, no que tange aos prequestionamentos, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de o tema ter sido amplamente debatido.

Nesse sentido, cita-se:

> *"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."* (TJMS. Ap. nº 0008780-91.2015.8.12.0001, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, 1ª Câmara Criminal, julgado em 07/03/2017).

Posto isso, contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso interposto por Renato Ferreira Alves, para o fim de reduzir a pena e fixá-la, definitivamente, em 03 (três) anos de reclusão, e 10 (dez) dias-multa, sendo mantidas as demais disposições da sentença de primeiro grau.

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.

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, 23 de abril de 2020.

***

3ª Câmara Criminal
Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz
Apelação Criminal nº 0003496-81.2011.8.12.0021 – Três Lagoas

EMENTA – VALIDADE – LAUDO PRELIMINAR – ELABORADO POR PERITO OFICIAL – USO DE REAGENTE QUÍMICO – MATERIALIDADE CONSUBSTANCIADA – PRECEDENTES DO STJ – PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO TIPIFICADO NO ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/06 (PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO) – INCABÍVEL – FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO – TRAFICÂNCIA DEMONSTRADA – TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO CONFIGURADO – REINCIDÊNCIA E DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA – UTILIZAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COMO AGRAVANTE E COMO IMPEDITIVO DA APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS – INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM* – PRECEDENTES DO STJ – RECURSO DESPROVIDO.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça "*é no sentido de que a juntada de laudo toxicológico definitivo, ainda que depois da apresentação das alegações finais pela defesa não enseja a anulação da sentença se o exame apenas corroborou o laudo provisório que, com segurança, já havia identificado a substância apreendida como entorpecente. Agravo regimental desprovido.*" (STJ. AgRg no *HC* 537.639/SP, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Des. Conv. do TJ/PE), 5ª Turma, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019).

Excepcionalmente, quando o laudo preliminar for elaborado por perito criminal oficial, em procedimento com uso de reagente químico e conclusões equivalentes ao laudo toxicológico definitivo, transmite o mesmo grau de certeza e, dessa forma, evidência a materialidade do delito de tráfico de drogas, notadamente quando o entorpecente em questão é a cocaína em pó, muito conhecida e comercializada, que é facilmente identificada em narcotestes. Precedentes do STJ.

In casu, ainda que desconsiderada a materialidade quanto à substância cocaína, o laudo preliminar e definitivo da substância maconha, como também o auto de apreensão dos petrechos utilizados pelo recorrente na preparação para o comércio dos entorpecentes, evidenciam a materialidade do crime do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

A desclassificação da conduta de tráfico ilícito de entorpecentes para a figura de posse de drogas para consumo pessoal somente pode ser operada se restar sobejamente demonstrado o propósito exclusivo de uso próprio da substância entorpecente, elemento subjetivo específico não demonstrado na hipótese em apreço. O fato de ser o apelante usuário de tóxicos afigura-se irrelevante quando revelado nos autos que a droga encontrada em seu poder se destinava à difusão ilícita no mercado.

Para fazer jus à benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, é necessário comprovar, cumulativamente, a primariedade, os bons antecedentes, a não dedicação a atividades criminosas e não integrar organização criminosa. Na hipótese, restou evidenciado que o apelante, além de ser reincidente, se dedicava a atividades criminosas, pois mantinha comércio de entorpecentes em sua residência, conforme investigação policial e a própria confissão do recorrente. Assim, de rigor o afastamento do privilégio.

Inexiste *bis in idem* na utilização da reincidência para agravar a pena na segunda fase da dosimetria e para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei 11.3434/06, pois *"se tratam de consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto."* (STJ. AgRg no *HC* n. 468.578/MG, 6ª Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe 11/03/2019).

Recurso desprovido, com o parecer.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 28 de maio de 2020.

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

Trata-se de recurso de apelação Criminal interposto por Izael da Silva contra a sentença (f. 217-223) que o condenou a 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime do artigo 33, *caput* (tráfico de drogas), da Lei n.º 11.343/06.

Sustenta inexistir prova acerca da materialidade do delito quanto à substância cocaína e, em razão da pouca quantidade de maconha apreendida, pugna pela desclassificação para o tipo penal do artigo 28 da Lei 11.343/06.

Subsidiariamente, milita pelo reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado e sua aplicação no patamar máximo.

Alternativamente, objetiva o afastamento da agravante do artigo 61, inciso I, do CP, uma vez que, segundo alega, o sentenciante ocorreu em *bis in idem* por ter utilizado a reincidência tanto para agravar a pena quanto para não aplicar a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (f. 333-348).

Contrarrazões pelo não provimento do apelo (f. 350-360).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer, opina pelo desprovimento do recurso. Ao final, apresenta prequestionamento (f. 370-388).

VOTO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Izael da Silva contra a sentença (f. 217-223) que o condenou a 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime do artigo 33, *caput* (tráfico de drogas), da Lei n.º 11.343/06, pois, segundo narra a denúncia:

> *"(...) no dia 11 de abril de 2011, por volta das 11h, na Rua Francisco Xavier da Silva, nº 172, Bairro Santa Terezinha, nesta cidade e Comarca de Três Lagoas/MS, policiais civis surpreenderam o denunciado Izael da Silva tendo em depósito, para fins de comercialização, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, droga, qual seja, 01 (um) porção contendo em seu interior a substância conhecida popularmente como cocaína pesando 8,8 g (oito vírgula oito gramas), 02 (dois) 'trouxinhas' contendo em seu interior a substância conhecida popularmente como cocaína, pesando, no total, 0,4 (zero vírgula quatro gramas), e 01 (um) porção contendo em seu interior a substância conhecida popularmente como maconha pesando 15,5 (quinze vírgula cinco gramas), substâncias estar proibidas em todo território nacional pela Portaria n. 344 da Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, de 12/05/1998, conforme auto de apreensão de f. 22-23 e laudo preliminar de constatação de f. 31-verso.*

Extrai-se dos autos que, diante de denúncias versando sobre o tráfico de drogas praticado pelo denunciado na residência situado no endereço acima mencionado, policiais civis do DIG (Delegacia de Investigações Gerais) realizaram monitoramento na citada residência, momento em que avistaram uma motocicleta saindo do interior da residência.

Ato contínuo, os policiais acompanharam tal motocicleta e, ao realizarem a abordagem, na Avenida Filinto Muller, nas proximidades do Mercado Municipal, perceberam que o motociclista tratava-se do ora denunciado, oportunidade em que este, ao ser indagado sobre sua residência, disse que residia em outro endereço, diferente do constatado pelos policiais.

Em seguimento, os referidos policiais deslocaram-se até a residência acima descrita, onde foram atendidos pela convivente do denunciado, Cristiane de Sousa Pereira, e, ao realizarem vistoria no interior da residência, encontraram, dentro de um amassador de alho que estava no interior de um armário da cozinha, uma porção de cocaína, sobre o mesmo armário, mais duas 'trouxinhas' da mesma droga e, no interior de um quarto, sobre o armário e dentro de um tênis, uma porção de maconha.

Na mesma diligência realizada na residência do denunciado, os policiais ainda apreenderam materiais relacionados à prática do comércio de drogas, como 02 (dois) tesouras, 01 (um) isqueiro, 01 (um) balança de precisão, 01 (um) sacola plástica de cor branca recortada em forma de círculos e vários documentos de terceiros, bem como diversos bens de origem duvidosa, como quantia em dinheiro de R$ 34,00 (trinta e quatro reais), uma lâmina de cheque no valor de 2750,00 (dois mil setecentos e cinquenta reais), 01 (um) veículo VW Gol, de cor vermelho, ano/modelo 1998, placas CVY 3168 – Três Lagoas/MS, em nome de Lucineide Simões Ferreira Lima, com chave de ignição e com documento CRLV, 01 (um) motocicleta Honda CG 125 Fan, de cor azul, ano/modelo 2005, placa HSM 4461 – Três Lagoas/MS, em nome do denunciado, com chave de ignição e com documentos CRLV e CRV, e 01 (um) vídeo game Sony, Play Station II, conforme auto de exibição e apreensão de f. 22-23 e laudo de vistoria em local de f. 69-78."

O apelante sustenta inexistir prova acerca da materialidade do delito quanto à substância cocaína e, em razão da pouca quantidade de maconha apreendida, pugna pela desclassificação para o tipo penal do artigo 28 da Lei 11.343/06.

Subsidiariamente, milita pelo reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado e sua aplicação no patamar máximo.

Alternativamente, objetiva o afastamento da agravante do artigo 61, inciso I, do CP, uma vez que, segundo alega, o sentenciante ocorreu em *bis in idem* por ter utilizado a reincidência tanto para agravar a pena quanto para não aplicar a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06

Passo à análise do recurso.

Inexistem preliminares ou matérias a serem apreciadas de ofício, razão pela qual adentro no exame do mérito.

Em que pese a argumentação despendida pela defesa, entendo que o apelo não merece guarida.

Explico.

A defesa alega a inexistência de prova acerca da materialidade no tocante à substância cocaína, porém, razão não lhe assiste.

Primeiramente, não há que se falar na imprestabilidade do laudo toxicológico definitivo como prova da materialidade do delito em razão de ter sido juntado após a apresentação das alegações finais da defesa, uma vez que o seu resultado apenas confirmou o que foi apontado no laudo preliminar (f. 36), que já havia identificado a substância entorpecente como cocaína.

Nesse sentido, cito entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *"PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL DA DECISÃO QUE NÃO CONHECEU O HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – CONDENAÇÃO À PENA DE 08 ANOS, 4 MESES DE RECLUSÃO EM REGIME FECHADO – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO – JUNTADA DO LAUDO TOXICOLÓGICO NO DIA DA AUDIÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS HÁBEIS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - O agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada por seus próprios fundamentos. II - In casu, o acórdão objurgado consignou que: 'em nenhum momento demonstrou a Defesa qual seria seu prejuízo em virtude da juntada do documento naquela oportunidade, já que dele tomou conhecimento antes de ofertar suas alegações finais'. Ademais, 'cumpre observar que o documento somente ratifica o que já havia sido atestado no exame preliminar. Além disso, não houve impugnação à prova naquele momento'. III - A Terceira Seção, em 26/10/2016, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.544.057/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, assentou que o laudo definitivo não se reveste de nota de imprescindibilidade, podendo ser suprido pelo laudo provisório, nos casos em que for possível a obtenção do mesmo grau de certeza. IV - **Ademais, a Jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a juntada de laudo toxicológico definitivo, ainda que depois da apresentação das alegações finais pela defesa não enseja a anulação da sentença se o exame apenas corroborou o laudo provisório que, com segurança, já havia identificado a substância apreendida como entorpecente**. Agravo regimental desprovido."* (STJ. AgRg no *HC* 537.639/SP, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo (Des. Conv. do TJ/PE), 5ª Turma, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019). Destaquei.

Do mesmo modo, em que pese o laudo definitivo tenha sido juntado nos autos logo antes da sentença (f. 211-214), a materialidade restou evidenciada através do laudo preliminar (f. 36), que transmite o mesmo grau de certeza, haja vista ter sido elaborado por perito criminal oficial, em procedimento com uso de reagente químico e conclusões equivalentes àquele. Aliado a isso, a prova testemunhal e a confissão do apelante corroboram com laudo preliminar e, dessa forma, reforçam a evidência da materialidade do delito.

Essa comprovação excepcional encontra guarida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, notadamente quando o entorpecente em questão é a cocaína em pó, muito conhecida e comercializada, que é facilmente identificada em narcotestes.

A propósito:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL – **TRÁFICO DE DROGAS – PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO – AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO: FALTA DE PROVA, E NÃO NULIDADE – POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO POR LAUDO DE CONSTATAÇÃO PROVISÓRIO ASSINADO POR PERITO QUANDO POSSUI O MESMO GRAU DE CERTEZA DO DEFINITIVO – CASO DOS AUTOS** – EMBARGOS PROVIDOS. 1. Nos casos em que ocorre a apreensão do entorpecente, o laudo toxicológico definitivo é imprescindível à demonstração da materialidade delitiva do delito e, nesse sentido, tem a natureza jurídica de prova, não podendo ser confundido com mera nulidade, que corresponde a sanção cominada pelo ordenamento jurídico ao ato praticado em desrespeito a formalidades legais. Precedente: HC 350.996/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 3ª Seção, julgado em 24/08/2016, publicado no DJe de 29/08/2016. 2. Isso, no entanto, não elide a possibilidade de que, **em situação excepcional, a comprovação da materialidade do crime de drogas possa ser efetuada pelo próprio laudo de constatação provisório, quando ele permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes**. Isso porque, a depender do grau de complexidade e de novidade da droga apreendida, sua identificação precisa como entorpecente pode exigir, ou não, a realização de exame mais complexo que somente é efetuado no laudo*

definitivo. 3. Os testes toxicológicos preliminares, além de efetuarem constatações com base em observações sensoriais (visuais, olfativas e táteis) que comparam o material apreendido com drogas mais conhecidas, também fazem uso de testes químicos pré-fabricados também chamados 'narcotestes' e são capazes de identificar princípios ativos existentes em uma gama de narcóticos já conhecidos e mais comercializados. 4. Nesse sentido, ***o laudo preliminar de constatação, assinado por perito criminal, identificando o material apreendido como cocaína em pó, entorpecente identificável com facilidade mesmo por narcotestes pré-fabricados, constitui uma das exceções em que a materialidade do delito pode ser provada apenas com base no laudo preliminar de constatação****. 5. De outro lado,* ***muito embora a prova testemunhal e a confissão isoladas ou em conjunto não se prestem a comprovar, por si sós, a materialidade do delito, quando aliadas ao laudo toxicológico preliminar realizado nos moldes aqui previstos, são capazes não só de demonstrar a autoria como também de reforçar a evidência da materialidade do delito****. 6. (...)."* (STJ. EREsp 1544057/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 3ª Seção, julgado em 26/10/2016, DJe 09/11/2016). Destaquei.

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO DE DROGAS – AGRAVO NÃO CONHECIDO POR INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ. FUNDAMENTOS IMPUGNADOS. CONHECIMENTO – ***AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO – MATERIALIDADE COMPROVADA POR LAUDO PRELIMINAR E OUTROS MEIOS DE PROVA*** *– SÚMULA 83/STJ – AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, MAS LHE NEGAR PROVIMENTO. 1. (...). 2.* ***Tendo sido juntado laudo preliminar de constatação da substância entorpecente, assinado por perito criminal, identificando o material apreendido como cocaína, e estando corroborado com as demais provas dos autos, a materialidade do crime de tráfico de drogas encontra-se devidamente comprovada, sendo prescindível a existência de laudo toxicológico definitivo****. 3. (...). 4. Agravo regimental provido para conhecer do agravo em recurso especial, mas lhe negar provimento."* (STJ. AgRg no AREsp 1578818/MG, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 13/12/2019). Destaquei.

Lado outro, ainda que se entenda que o laudo toxicológico definitivo da substância cocaína (f. 211-214) não possa ser utilizado como prova, a materialidade do delito restou suficientemente consubstanciada pelo laudo preliminar e definitivo da substância maconha (f. 36 e 184-188), como também pelo auto de apreensão dos petrechos utilizados pelo recorrente na preparação para o comércio das drogas (f. 26-27).

Dessa feita, a materialidade do delito restou consubstanciada pelo auto de prisão em flagrante (f. 06-07), Boletim de Ocorrência nº 362/2011 (f. 23-25), auto de exibição e apreensão (f. 26-27), exame preliminar de constatação (f. 36), laudo pericial (f. 75-84), exame toxicológico definitivo (f. 184-188 e 211-214) e demais provas produzidas em juízo.

A autoria é certa e recai sobre o apelante. Vejamos.

A testemunha Tiago Vieira de Oliveira, policial civil, em juízo (f. 169-170), sob o crivo do contraditório, reafirmou seu depoimento prestado na fase inquisitiva (f. 08-10).

Relatou que havia denúncias acerca do comércio de drogas na residência do apelado, razão pela qual foi feita campana para acompanhamento.

Declarou que a equipe policial avistou uma motocicleta de cor azul saindo da residência e, por acharem que se tratava de um usuário de drogas, fizeram a abordagem, momento em que constataram que se tratava da pessoa do recorrente.

Contou que, durante a entrevista, o apelante mentiu ao dizer que estava vindo do mercado, bem como ao informar endereço diverso como sendo o da sua moradia, motivo pelo qual a equipe policial levou o recorrido de volta até sua casa e lá, após vistoria, localizaram entorpecentes na

cozinha, sendo um papelote de cocaína dentro de um moedor de alho e dois papelotes de cocaína sobre um armário, como também foram encontrados no quarto uma porção de maconha sobre um armário e, na gaveta de uma cômoda, petrechos (tesoura, balança de precisão, plásticos cortados) para separação e embalo dos estupefacientes.

Asseverou que, no momento em que a primeira porção de drogas foi localizada, o apelante confessou que praticava a mercancia e apontou onde havia mais entorpecentes e os utensílios por ele utilizados na preparação.

O apelante, tanto na fase extrajudicial (f. 18-19) quanto em juízo (f. 167-168), confessou que os entorpecentes encontrados na sua casa lhe pertenciam e que praticava o crime de tráfico de drogas há 2 (dois) meses.

Dessa feita, diante do depoimento harmônico e coeso da testemunha, a qual revelou que a residência do apelante estava sendo monitorada em razão do comércio de entorpecentes (boca de fumo), da apreensão das drogas e utensílios para fracionamento e embalo dos estupefacientes, aliados à confissão do recorrente, que admitiu praticar o traficância por cerca de dois meses, não há que se falar em absolvição, como também em desclassificação para a conduta tipificada no artigo 28 da Lei 11.343/06.

Logo, mantenho a condenação do apelante pela prática do crime do artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

Por outro lado, no tocante à causa de diminuição de pena, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, é necessário comprovar, cumulativamente, a primariedade, os bons antecedentes, a não dedicação a atividades criminosas e não integrar organização criminosa.

Dessarte, entendo que o apelante não faz jus a tal benesse, uma vez que, além de ser reincidente, ficou patente que se dedicava à atividade criminosa, já que sua residência estava sendo monitorada pela polícia, diante de denúncias que apontavam a existência de uma "boca de fumo", sendo que os policiais, quando da prisão em flagrante, localizaram drogas, balança de precisão e material para embalar drogas. Assim, restou evidente que o recorrente fazia da venda de entorpecentes o seu meio de vida, e praticava tal atividade em local vulgarmente conhecido como "boca de fumo", há pelo menos dois meses, conforme confessado pelo próprio apelante.

Outrossim, inexiste o alegado *bin in idem* na utilização da reincidência para agravar a pena na segunda fase da dosimetria e para afastar a aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei 11.3434/06, pois *"se tratam de consequências jurídico-legais distintas de um mesmo instituto."* (STJ. AgRg no *HC* n. 468.578/MG, 6ª Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe 11/03/2019).

Portanto, mantenho inalterada a pena aplicada na sentença.

Por fim, no que tange aos prequestionamentos, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de o tema ter sido amplamente debatido.

Nesse sentido, cita-se:

> *"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."* (TJMS. Ap. nº 0008780-91.2015.8.12.0001, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro, 1ª Câmara Criminal, julgado em 07/03/2017).

Posto isso, com o parecer, nego provimento ao recurso interposto por Izael da Silva, para o fim de manter incólume a sentença penal condenatória.

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. 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, 28 de maio de 2020.

***

3ª Câmara Criminal
Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz
Habeas Corpus Criminal nº 1406397-85.2020.8.12.0000 – Porto Murtinho

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – CRIME DE INCÊNDIO – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA – PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL COM RELAÇÃO AO CRIME DO ART. 24-A DA LEI 11.340/06 – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – ALEGADA ATIPICIDADE QUE NÃO SE PRESTA A SER REBATIDA EM SEDE DE *HABEAS CORPUS* – VIA ESTREITA ESCOLHIDA – INCABÍVEL - AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – PEDIDO DE RELAXAMENTO DA CUSTÓDIA CAUTELAR – EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA – INOCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE DESÍDIA JUDICIÁRIA – TRÂMITE PROCESSUAL REGULAR – PRETENDIDA A REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA – GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA – AÇÃO PENAL EM CURSO – REGISTROS DE ATO INFRACIONAL – RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA – PERICULOSIDADE EVIDENCIADA – INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – ORDEM DENEGADA.

O trancamento da ação penal é medida que possui caráter excepcional, cabível, pela via do *habeas corpus*, quando houver inequívoca comprovação de inépcia da peça acusatória, ausência de pressupostos processuais ou de condição da ação penal ou falta de justa causa para tanto. *In casu*, além da denúncia preencher satisfatoriamente todos os requisitos inerentes ao seu recebimento, não há como reconhecer a atipicidade da conduta imputada ao paciente, haja vista os elementos de informação colhidos no caderno investigatório apontam a materialidade e indícios suficientes de sua autoria com relação aos delitos previstos nos artigos 24-A, da Lei nº 11.340/06 e art. 250, § 1º, inciso II, alínea "a", do Código Penal.

O sistema dos prazos relativos à instrução criminal não se caracteriza pela fatalidade ou improrrogabilidade, mas orienta-se pelo princípio da razoabilidade, segundo o qual somente a desídia injustificada na condução do feito configura o excesso de prazo. Na hipótese, é possível verificar que a ação penal está em desenvolvimento, não havendo, até então, demora injustificada ou inércia que possa ser atribuída à máquina judiciária.

Inexiste constrangimento ilegal na manutenção da prisão preventiva, pois a medida encontra-se devidamente justificada na necessidade imperiosa de garantia da ordem pública, diante da gravidade acentuada da conduta imputada ao paciente – crime de incêndio e descumprimento de medida protetiva anteriormente deferida –, dos elementos que sugerem a sua periculosidade e do fundado receio de reiteração delitiva.

O fato de o paciente responder a outra ação penal e de possuir apontamentos por atos infracionais, embora não seja hábil para o reconhecimento da reincidência ou de maus antecedentes, é circunstância que revela a sua periculosidade social e a sua inclinação à prática de crimes, justificando a sua segregação cautelar pelo risco concreto de reiteração delitiva.

O cenário concreto, portanto, torna inviável a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, pois o risco de reiteração delitiva e as demais circunstâncias concretamente analisadas demonstraram que não seriam suficientes para o acautelamento da ordem pública.

Com o parecer, ordem denegada, dada a higidez do decreto prisional.

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, denegaram a ordem, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 18 de junho de 2020.

Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz.

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, impetra *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de R. G. J. , apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Comarca de Porto Murtinho.

Relata que o paciente encontra-se preso preventivamente desde o dia 28 de novembro de 2019, por suposta prática dos crimes previstos no artigo 250, § 1º, inciso II, alínea "a", do Código Penal e no artigo 21 do Decreto-Lei 3.688/41, que está sendo objeto de apuração na Ação Penal nº 0001258-51.2018.8.12.0040.

Posteriormente, o Ministério Público aditou a denúncia para alterar a capitulação fática para o delito previsto no art. 24-A da Lei 11,340/06 e, por decisão, a autoridade coatora recebeu o aditamento e, ainda, manteve a prisão preventiva do paciente.

Aduz que no tocante a prática do delito de descumprimento de medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha, o fato narrado é atípico, devendo assim ser concedido a ordem para trancar a ação penal referente a este delito.

Afirma que há excesso de prazo considerando que o paciente está preso há 179 dias sem que tenha iniciado a instrução processual e, com a atual situação de pandemia, nem previsão há para tanto. Desta forma, o excesso de prazo torna a prisão ilegal e acarreta o seu relaxamento.

Por fim, alega que a prisão preventiva não pode ser mantida por não mais existirem os fundamentos que deram suporte a sua decretação.

Por tal razão, justificando a presença do *fumus bonis iuris* e do *periculum in mora*, requer a concessão de liminar, para que seja relaxada a custódia preventiva da paciente, expedindo-se o competente alvará de soltura. Ao final, clama pela concessão da ordem definitiva, bem como o trancamento da ação no tocante ao delito previsto no artigo 24-A da Lei 11.340/06.

O pedido de liminar foi indeferido (f. 364-369).

A autoridade coatora prestou informações (f. 376-381).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem (f. 385-390).

VOTO

A Sra. Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz. (Relatora)

A Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul, impetra *habeas corpus*, com pedido liminar, em favor de R.G. J. , apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Comarca de Porto Murtinho.

Relata que o paciente encontra-se preso preventivamente desde o dia 28 de novembro de 2019, por suposta prática dos crimes previstos no artigo 250, § 1º, inciso II, alínea "a", do Código Penal e no artigo 21 do Decreto-Lei 3.688/41, que está sendo objeto de apuração na Ação Penal nº 0001258-51.2018.8.12.0040.

Posteriormente, o Ministério Público aditou a denúncia para alterar a capitulação fática para o delito previsto no art. 24-A da Lei 11,340/06 e, por decisão, a autoridade coatora recebeu o aditamento e, ainda, manteve a prisão preventiva do paciente.

Aduz que no tocante a prática do delito de descumprimento de medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha, o fato narrado é atípico, devendo assim ser concedido a ordem para trancar a ação penal referente a este delito.

Afirma que há excesso de prazo considerando que o paciente está preso há 179 dias sem que tenha iniciado a instrução processual e, com a atual situação de pandemia, nem previsão há para tanto. Desta forma, o excesso de prazo torna a prisão ilegal e acarreta o seu relaxamento.

Por fim, alega que a prisão preventiva não pode ser mantida por não mais existirem os fundamentos que deram suporte a sua decretação.

Por tal razão, justificando a presença do *fumus bonis iuris* e do *periculum in mora*, requer a concessão de liminar, para que seja relaxada a custódia preventiva da paciente, expedindo-se o competente alvará de soltura. Ao final, clama pela concessão da ordem definitiva, bem como o trancamento da ação no tocante ao delito previsto no artigo 24-A da Lei 11.340/06.

O pedido de liminar foi indeferido (f. 364-369).

A autoridade coatora prestou informações (f. 376-381).

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem (f. 385-390).

É o que me cabia rememorar. Passo à análise da ordem.

Desponta dos autos que o paciente foi denunciado por suposta prática dos delitos tipificados nos artigos como incurso no artigo 21, do Decreto-Lei nº 3.688/41 e art. 250, § 1º, inciso II, alínea "a", do Código Penal, em concurso material, observando-se as disposições da Lei nº 11.340/06 nos seguintes termos (f. 01-02, dos Autos Penais n.º 0001258-51.2019.8.12.0040):

> *"Consta do incluso Inquérito Policial que, no dia 18 de novembro de 2019, por volta das 22h30, na residência localizada na Rua 06, nº 111, bairro Dom Pepe, nesta cidade e Comarca de Porto Murtinho/MS, o denunciando R. G. J. causou incêndio na casa das vítimas W. R.Q. G. e A. D. S., expondo a perigo o seu patrimônio, consoante auto de constatação do local de crime de f. 10-13, causando perda parcial dos bens móveis que o guarneciam.*
>
> *Consta, ainda, que, nas mesmas circunstâncias de tempo e local acima descritas, o denunciado R. G. J. descumpriu decisão judicial que havia deferido medidas protetivas de urgência, (Autos nº 0000615-93.2019.8.12.0040), em favor de sua ex-companheira, G. D. M., a qual também não poderia se aproximar de seus familiares.*
>
> *Segundo restou apurado, nos Autos nº 0000615-93.2019.8.12.0040, foram concedidas medidas protetivas em favor de G. D. M., dentre elas, de que o denunciado R. G. J. não poderia se aproximar da vítima e de seus familiares.*
>
> *Infere-se que, na data dos fatos, o denunciado R. G. J. compareceu na residência das vítimas W. R. Q. G. e A. D. S., familiares de sua ex-companheira G., e ateou fogo no quarto imóvel e bens móveis que guarneciam a casa, expondo a perigo a vida, a integridade física e o patrimônio de tais ofendidos."*

Em razão dos fatos reportados, o Delegado de Polícia representou pela decretação da prisão preventiva, o qual foi deferida em decisão assim fundamentada (f. 28-29) dos Autos n.º 0001214-32.2019.8.12.0040):

> *"(...) como é cediço, a regra no sistema constitucional brasileiro é a de que o acusado de qualquer crime responderá pela sua prática em liberdade, somente vindo a ser preso em razão de sentença condenatória transitada em julgado. É a interpretação que se deve fazer, a partir da leitura conjunta dos incisos LVII e LXVI, do art. 5.º, da Constituição Federal, que assim dispõem:*
>
> *'LVII – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória;*
>
> *LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança'.*
>
> *Por outro lado, é assente na doutrina e na jurisprudência que os casos de prisões cautelares não ofendem o princípio constitucional da presunção de inocência, desde que estejam rigorosamente presentes os seus pressupostos e requisitos autorizadores.*
>
> *No caso em apreço trata-se de pedido de prisão preventiva, sendo esta admitida desde que presentes os elementos que simbolizem a necessidade do cárcere, uma vez que a prisão preventiva, por ser medida de natureza cautelar só se sustenta se presentes o lastro probatório mínimo a indicar a ocorrência da infração, os eventuais envolvidos, além de algum motivo legal que fundamente a necessidade do encarceramento.*
>
> *Particularmente no que tange à prisão preventiva, seus pressupostos são: I) garantia da ordem pública; II) da ordem econômica; III) por conveniência da instrução criminal; IV) para assegurar a aplicação da lei penal; V) quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.*
>
> *Da análise dos elementos trazidos até este momento, entendo presentes os requisitos autorizadores da medida, qual sejam, o fumus comissi delicti, consubstanciado na prova da materialidade e indícios suficientes de autoria e o periculum libertatis, evidenciado na garantia da ordem pública, conveniência da instrução processual e garantia da aplicação da lei penal.*
>
> *Quanto aos indícios de autoria, estes vêm estampados através das declarações prestadas pelas próprias testemunhas, bem como os demais documentos que instruem o pedido formulado pelo Delegado de Polícia, sobretudo o auto de constatação, que atestam a materialidade delitiva (f. 12-15).*
>
> *Denota-se dos depoimentos prestados pelas testemunhas que todas foram unânimes em dizer que viram a pessoa de Roberto em frente a casa da vítima momentos antes do incêndio acontecer.*
>
> *Aliado a isso, vislumbra-se, ainda, as ameaças de morte perpetradas pelo representado contra a vítima, conforme se verifica às f. 16-17, sendo que ele afirmou por meio de conversas no aplicativo whats app que iria matar não só a vítima, mas também outras pessoas.*
>
> *Outrossim, em consulta ao SAJ, verifica-se que o representado figura como parte passiva em pelo menos 03 (três) ações penais nesta comarca (Autos nº 0001074-95.2019.8.12.0040; 0000593-35.2019.8.12.0040 e 0000615-93.2019.8.12.0040), além de vários outros atos infracionais praticados quando ainda era menor.*
>
> *Destaca-se que na Ação Penal nº 0000615-93.2019.8.12.0040, além de responder pelo crime de estupro de vulnerável, o investigado ainda responde pelo crime de ameaça, em razão de ter dito à vítima 'Vou matar você e toda sua família e atear fogo na sua casa se me denunciar para polícia', consoante os termos da denúncia.*

Destarte, ao que parece, o investigado cumpriu com a ameaça proferida, porquanto tal ato delituoso (incêndio) se deu após sua soltura.

Quanto ao chamado periculum in mora a justificar a prisão cautelar do representado, também está presente. Isso porque, a segregação do investigado se faz imprescindível para o sucesso da conclusão das investigações e do inquérito policial, pois em liberdade ameaçará a ordem pública e colocará em risco a integridade física e psicológica da vítima.

Ademais, tenho que as circunstâncias em que o presente fato fora praticado revelam, em tese, alteração do estado psíquico e a periculosidade por parte do agente, acirrando a necessidade da segregação cautelar.

Aliás, os delito em tese praticado pelo representado é doloso, sendo que a pena máxima do crime de incêndio, por si só, já é superior a 04 (quatro) anos de reclusão, o que possibilita o decreto prisional.

(...)

Portanto, a gravidade da concreta do delito em tese praticado, demonstrada pelo modus operandi empregado, evidencia a periculosidade do representado, justificando a decretação de sua custódia cautelar como forma de garantia da ordem pública.

Posto isso, estando presentes os requisitos do art. 313, inciso I e 312, ambos do Código de Processo Penal, com vista à garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, acolho a representação de f. 01-05, e decreto a prisão preventiva do investigado Roberto Gutierrez Junior."

Proposta a denúncia em 06 de dezembro de 2019, ato contínuo, o magistrado singular, ao constatar a presença dos requisitos previstos no artigo 41 do Código de Processo Penal, e por não vislumbrar qualquer das hipóteses do artigo 395 do mesmo diploma legal, recebeu a denúncia em 16 de dezembro de 2019 (f. 57, da ação penal originária).

Regularmente citado (f. 171), a defesa do acusado apresentou resposta a acusação (f. 160-163) e, em seguida, o Ministério Público apresentou aditamento a denúncia retificando a capitulação jurídica nela inserida, passando a constar os seguintes termos (f. 180):

"Ante o exposto, o Ministério Público Estadual denuncia R. G. J. como incurso no artigo 24-A, da Lei nº 11.340/06 e art. 250, § 1º, inciso II, alínea 'a', do Código Penal, em concurso material, observando-se as disposições da Lei nº 11.340/06, requerendo que, após o recebimento do presente aditamento, seja a defesa do denunciado intimada, para que requeira o que entender por direito, pugnando, ainda, pelo aproveitamento prosseguimento do feito."

Após oitiva da defesa, o aditamento da denúncia foi recebido para fins de retificar a capitulação jurídica do fato criminoso narrado na denúncia, bem como a autoridade indigitada coatora fez a reanálise do caso e indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva do paciente, *in verbis* (autos de origem , f. 199-203):

"(...) de acordo com a nova regra do art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal:'(...) Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal'.

Considerando que a Lei 13.964/2019, a qual inaugurou o novo dispositivo só entrou em vigor em 24/01/2020, cabível, neste momento, a análise da necessidade da prisão preventiva dos acusados.

Pois bem. Analisando o decreto prisional provisório, diante da ausência de alteração do contexto fático-probatório, ainda se impõe a segregação cautelar da parte acusada, tal qual exposto na decisão de decretação da prisão preventiva.

Está caracterizado, no caso, ao menos de juízo de prelibação, o fumus comissi delicti, tanto no que se refere à materialidade, como no que pertine aos indícios de autoria, consoante já exposto na decisão precedente mencionada. No que se refere ao periculum libertatis, caracterizada situação apta à custódia em face da garantia da ordem pública.

O fumus comissi delicti, tanto no que se refere à materialidade, como no que pertine aos indícios de autoria, este vem estampado nos autos, e apontam a participação do acusado nos crimes em comento, consoante já exposto na decisão precedente que decretou a custódia cautelar.

No que se refere ao periculum libertatis, caracterizada situação apta à custódia em face da garantia da ordem pública. A infração sub examen reveste-se de gravidade, tendo repercussão no meio social em que foi praticada. A periculosidade da parte acusada advém das próprias circunstâncias em concreto do delito a ele imputado, suposto incêndio na residência da vítima, sua ex namorada.

A segregação do investigado, portanto, se faz imprescindível para o sucesso da conclusão da instrução processual, pois em liberdade ameaçará a ordem pública e colocará em risco a integridade física e psicológica da vítima.

Ademais, tenho que as circunstâncias em que o presente fato fora praticado revelam, em tese, alteração do estado psíquico e a periculosidade por parte do agente, acirrando a necessidade da segregação cautelar.

Aliás, em consulta ao SAJ, verifica-se que o representado figura como parte passiva em pelo menos 03 (três) ações penais nesta comarca (Autos nº 0001074-95.2019.8.12.0040; 0000593-35.2019.8.12.0040 e 0000615-93.2019.8.12.0040), além de vários outros atos infracionais praticados quando ainda era menor.

Destaca-se que na Ação Penal nº 0000615-93.2019.8.12.0040, além de responder pelo crime de estupro de vulnerável, o investigado ainda responde pelo crime de ameaça, em razão de ter dito à vítima 'Vou matar você e toda sua família e atear fogo na sua casa se me denunciar para policia', consoante os termos da denúncia.

Destarte, ao que parece, o investigado cumpriu com a ameaça proferida, porquanto tal ato delituoso (incêndio) se deu após sua soltura.

Assim, a prisão preventiva, encontra-se devidamente fundamentada, baseada em elementos concretos relacionados ao caso, como também aliado às suas peculiaridades e a própria gravidade concreta do crime em questão.

Com relação ao tempo que o réu encontra-se encarcerado, é cediço que para a configuração do excesso de prazo não basta o simples extrapolamento do prazo concatenado para realização dos atos processuais, mas é imperioso que haja acídia por parte do órgão judicante, o que não se vislumbra nos autos, especialmente porque todas as cautelas necessárias foram tomadas para o célere andamento processual.

(...)

Destarte, vislumbra-se que os Tribunais têm admitido que eventual demora na conclusão da instrução, não constitui constrangimento ilegal, porque não deriva da vontade do julgador ou de inércia da máquina judiciária, mas de circunstâncias intrínsecas à própria instrução probatória.

Sendo assim, à míngua da presença de fatos novo capaz de demonstrar a ausência dos requisitos ensejadores da custódia cautelar, a manutenção do decreto prisional é medida que se impõe, o que faço com espeque no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Com relação ao aditamento da denúncia, cumpre lembrar que da mesma forma como ocorre com o recebimento da denúncia ocorre com o adimento, ou seja, basta ao juiz uma

análise superficial sobre a ocorrência do crime, sem fazer análise aprofundada sobre as provas, o que será feito na sentença.

In casu, verifica-se que o Ministério Público aditou a denúncia apenas para sanar o erro material contido na capitulação do delito, não implicando em qualquer modificação dos fatos imputados aos réu, sendo perfeitamente possível o seu recebimento.

Ante o exposto, mantenho a prisão preventiva anteriormente decretada, devendo o acusado R. G. J., ser mantido preso provisoriamente por permanecer presentes no caso em testilha todos os requisitos legais que autorizam a decretação da custódia cautelar.

Outrossim, recebo o aditamento proposto pelo MPE à f. 80, a fim de retificar a capitulação jurídica do fato criminoso narrado na denúncia (...).”

Em que pese o inconformismo exposto na inicial, a manutenção da custódia preventiva encontra-se satisfatoriamente fundamentada, não havendo falar em constrangimento ilegal passível de ser sanado pela via do presente *habeas corpus*.

Explico.

Inicialmente o impetrante requer o trancamento da ação penal no tocante ao delito previsto no artigo 24-A da lei 11.340/06, argumentando, em síntese, que o fato narrado é atípico considerando que não houve deferimento de medidas protetivas. Aduz, ainda, que houve o deferimento de medida protetivas nos Autos 0000578-66.2019.8.12.0040 e 0000449-61.2019.8.12.0040, no entanto a vítima teria pleiteado a revogação das referidas medidas.

Imperioso consignar que o trancamento da ação penal é medida que possui caráter excepcional, cabível, pela via do *habeas corpus*, quando houver inequívoca comprovação de inépcia da peça acusatória, ausência de pressupostos processuais ou de condição da ação penal ou, ainda, falta de justa causa para tanto, nos termos da consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste Sodalício:

“Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito, inocorrentes na espécie.” (STJ. RHC 77836/PA. Rel. Min. Ribeiro Dantas. 5ª Turma. J. 05/02/2019)

“HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – ESTELIONATO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – INDÍCIOS DO CRIME E DA AUTORIA DELITUOSA – IMPOSSIBILIDADE – ALEGADA NULIDADE DA DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA – INOCORRÊNCIA – NÃO CONCESSÃO. O trancamento de ação penal por inépcia da denúncia, ausência de justa causa ou atipicidade da conduta somente é possível se tais circunstâncias estiverem comprovadas de plano, o que não ocorre quando há indícios da prática de crime e sobressai a necessidade de exame valorativo do contexto fático-probatório. Não se reconhece a nulidade da decisão de recebimento da denúncia que, de forma sucinta, desacolhe as teses defensivas arguidas quando da resposta à acusação, relegando-as ao momento processual adequado habeas corpus a que se nega concessão, porquanto incabível o exame do meritum causae em sede do remédio heroico.” (*HC* n.1400158-70.2017.8.12.0000 – Rel. Des. Carlos Eduardo Contar; 2ª Câmara Criminal; j. 23/02/2017).

De igual forma,

“(...) a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) de que o trancamento da ação penal, por meio do habeas corpus, só é possível quando estiverem comprovadas, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade ou a evidente ausência de justa causa.” (*HC* 103.891, Redator para o acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski; *HC* 86.656, Rel. Min. Ayres Britto; *HC* 81.648, Rel. Min. Ilmar Galvão; *HC*

118.066-AgR, Relª. Minª. Rosa Weber; e *HC* 104.267, Rel. Min. Luiz Fux).

E, ainda,

> *"(...) a orientação jurisprudencial do STF é no sentido de que não se exigem, quando do recebimento da denúncia, a cognição e a avaliação exaustiva da prova ou a apreciação exauriente dos argumentos das partes, bastando o exame da validade formal da peça e a verificação da presença de indícios suficientes de autoria e de materialidade."* (*HC* 128.031, Relª. Minª Rosa Weber). (STF; *HC*-AgR 181.171; DF; Primeira Turma; Rel. Min. Roberto Barroso; Julg. 29/05/2020; DJE 15/06/2020; Pág. 201)

Nesse passo, o trancamento da ação penal exige que o julgador tenha absoluta convicção acerca da inexistência de justa causa para a ação penal, haja vista que põe fim à persecução penal antes mesmo da formação da culpa.

O Ministro Ribeiro Dantas, do Superior Tribunal de Justiça, ao tratar sobre o assunto, preleciona:

> *"Embora não se admita a instauração de processos temerários e levianos ou despidos de qualquer sustentáculo probatório, nessa fase processual deve ser privilegiado o princípio do in dubio pro societate. De igual modo, não se pode admitir que se termine por cercear o jus accusationis do Estado, salvo se manifestamente demonstrada a carência de justa causa para o exercício de futura e eventual ação penal."* (RHC 77836/PA. 5ª Turma. J. 05/02/2019)

Pois bem, da análise dos autos, ainda que introdutória, verifica-se que restaram presentes indícios de fatos que constituem a prática do suposto crime de descumprimento de medidas protetivas disposto no art. 24-A da Lei 11.340/06, não havendo, portanto, que se falar no trancamento da ação penal por meio da via estreita do *habeas corpus.*

Para que se pudesse falar em deferimento da pretensão deduzida - isto é, da atipicidade da conduta -, se faz necessário um exame aprofundado da prova dos autos, o que só ocorrerá com a regular instrução do processo.

Não há, portanto, que se falar em ausência de justa causa apta a dar prosseguimento à ação penal, porquanto a via estreita escolhida não é a adequada ao pleito defensivo, porquanto em sede de *habeas corpus* não se admite o exame da matéria de fato e dos elementos probatórios da instrução - exceto quando verificada a imputação de fato atípico ou a ausência de qualquer indício apto a justificar uma instauração processual.

Apenas para fins de esgotamento do tema, insta salientar que os argumentos trazidos pela defesa exigem uma análise probatória, que somente poderá ser feita na regular instrução criminal. Sob este prisma, não há justa causa para o trancamento da ação penal, porquanto a tese colacionada exige um exame da matéria de fato.

Como bem pontuou o d. Procurador de Justiça (f. 387) "*o trancamento da ação penal não se mostra, concessa venia, a medida legal aplicável à hipótese em comento, no presente momento, de vez que a medida pleiteada equivale à postulação unilateral, por via oblíqua, de absolvição arbitrária e ilegal, lastreada em alegações, sem a necessária observância do devido processo legal, eis que inteiramente desprovida da análise das provas."*

Imperioso ressaltar que, uma vez que a materialidade e os indícios de autoria restam suficientes ao prosseguimento da ação penal, não se contempla aqui uma análise mais aprofundada da matéria, já que os limites do *habeas corpus* não comportam dilação probatória, como já afirmado alhures, tampouco discussão acerca do mérito da *quaestio*, a qual exige o cotejo de provas e observância ao princípio do contraditório, típico da ação penal.

A propósito:

*"**HABEAS CORPUS** – RECEPTAÇÃO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA (ARTIGOS 180 E 288, AMBOS DO CÓDIGO PENAL) – CINCO PACIENTES – PRETENDIDA A REVOGAÇÃO DA SEGREGAÇÃO PREVENTIVA – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA DA DECISÃO QUE DECRETOU A PRISÃO – TESES LEVANTADAS EM MANDAMUS ANTERIOR – REITERAÇÃO DE WRIT JÁ DENEGADO – **NEGATIVA DE AUTORIA – FRAGILIDADE DE PROVAS. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA PROBATÓRIA – ORDEM NÃO CONHECIDA (...) 2. As teses de negativa de autoria e fragilidade de provas revelam-se impossíveis de serem apreciadas em sede de habeas corpus, em virtude da sua natureza sumária e da celeridade, incompatibilizando o mandamus com o exame fático probatório, objeto a ser averiguado no curso de instrução criminal. Ordem não conhecida."*** (TJMS; *HC* 1414524-80.2018.8.12.0000; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Dileta Terezinha Souza Thomaz; DJMS 29/01/2019; Pág. 125) – destaquei.

*"**HABEAS CORPUS** – TRÁFICO DE DROGAS – **ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS DA COMERCIALIZAÇÃO ILÍCITA – MERO USUÁRIO DE DROGAS – MATÉRIA QUE REFOGE AO ÂMBITO DA VIA ELEITA** – ILEGALIDADE NO FLAGRANTE – INOCORRÊNCIA – PRETENDIDA REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS – CONDIÇÕES PESSOAIS DESFAVORÁVEIS – CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE – SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES – INSUFICIENTE – ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA – **O habeas corpus não é a via adequada para a análise de questões que exijam o exame do conjunto fático-probatório, eis que na estreita via é incabível a análise de provas**. (...)."* (TJMS; *HC* 1400119-05.2019.8.12.0000; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; DJMS 25/01/2019; Pág. 68) – destaquei.

*"**HABEAS CORPUS** – CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA – **TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – ATIPICIDADE DA CONDUTA – NÃO ACOLHIMENTO – JUSTA CAUSA VERIFICADA** – COAUTORIA – CONCURSO DE PESSOAS – REGRA DO ART. 29 DO CP – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – ORDEM DENEGADA. I - Eventual atipicidade da conduta ou até mesmo de ausência de dolo requerem, no caso, ampla dilação probatória, onde o Paciente terá a oportunidade, por meio do contraditório e da ampla defesa, de produzir as provas que entender necessárias. II - **O trancamento da ação penal é medida que possui caráter excepcional, cabível, pela via do habeas corpus, quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito.** III - Assim, tendo em vista que a denúncia atende aos ditames traçados no artigo 41, do Código de Processo Penal, cuidando da descrição cuidadosa das condutas típicas, cuja autoria é atribuída ao Paciente em coautoria, logo, aplicável eventualmente a regra do concurso de pessoas, previsto no art. 29, do Código Penal, não há que se falar em trancamento da ação penal, eis que maiores incursões levariam, nisto sim, o julgador a analisar o mérito, o que é proibido na via estreita de writ. IV - Por todo exposto, com o parecer, denega-se a ordem."* (TJMS. *Habeas Corpus* Criminal n. 1404677-83.2020.8.12.0000, Coronel Sapucaia, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Juiz Lúcio R. da Silveira, j: 12/05/2020, p: 14/05/2020) - destaquei.

Nesse átimo, a premissa de atipicidade da conduta aqui aventada não comporta guarida, ao menos nessa fase processual do recebimento da denúncia, uma vez que estão presentes elementos concretos que sustentam a justa causa para o recebimento da ação penal, devendo a referida tese defensiva ser submetida ao crivo do contraditório e ampla defesa.

Conclui-se, por outro lado, a presença dos elementos que comportam a admissibilidade da denúncia, bem como a justa causa para tanto, conforme explanado alhures, não havendo falar em trancamento da ação penal em debate.

Prosseguindo, a impetrante argumenta a ocorrência de constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, haja vista que o paciente se encontra preso desde o dia 28 de novembro 2019 e, até o presente momento, não houve o encerramento da instrução processual.

Pois bem. É cediço que os prazos previstos para encerramento da instrução criminal devem ser analisados à luz da razoabilidade, eis que não são absolutos, e, por isso, figuram como parâmetros gerais, variando de acordo com as peculiaridades de cada caso.

Consoante realçado pelo e. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 46.718, de relatoria do Ministro Félix Fischer, "*o prazo para a conclusão da instrução criminal não é absoluto, fatal e improrrogável, e pode ser dilatado diante das peculiaridades do caso concreto.*"

Nessa esteira, o reconhecimento do excesso de prazo não decorre da mera soma aritmética dos prazos processuais, mas está atrelado à constatação de que a instrução se apresenta estagnada, isto é, inerte injustificadamente, por conta de eventual falha da prestação jurisdicional.

Neste sentido:

> *"A configuração de excesso de prazo para a formação da culpa não surge de mera soma aritmética, devendo ser analisada segundo o princípio da razoabilidade, levando-se em conta as circunstâncias e peculiaridades de cada caso concreto."* (Precedente: RHC n. 51.083/BA, Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 29/10/2014.) (RHC 55.291/RJ, Rel. Ministro Ericson Maranho (Desembargador Convocado DO TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 12/02/2015, DJe 26/02/2015).

No caso em apreço, de uma análise minuciosa dos autos da Ação penal n.º 0001258-51.2019.8.12.0040, verifica-se que realmente não está caracterizada a ocorrência de constrangimento ilegal por excesso de prazo para o encerramento da instrução processual.

Conforme destacado, o paciente foi preso em flagrante no dia 28 de novembro de 2019 e a denúncia foi ofertada no dia 06 de dezembro de 2019 (f. 01-03).

Em 16 de dezembro de 2019 o d. juízo singular recebeu a peça acusatória e determinou a citação do acusado para apresentar defesa prévia (f. 57). Após tentativa infrutífera de citação por mandado judicial, foi expedida carta precatória e o acusado foi devidamente citado em 04 de março de 2020 (f. 167-172).

A defesa apresentou resposta escrita à acusação em 16 de março de 2020 (f. 160-163).

Em 24 de abril de 2020, o Juiz determinou vista dos autos ao Defensor e Ministério Público para fins de revisar a necessidade da prisão preventiva.

Em 29 de abril 2020, o d. representante do *Parquet* aditou a inicial acusatória, para retificar a capitulação jurídica nela inserida, passando a constar o denunciado como incurso no artigo 24-A da Lei nº 11.340/06 e art. 250 § 1º, inciso II, alínea "a", do Código Penal, em concurso material, observando-se as disposições da Lei nº11.340/06 (f. 101-102).

Em 07 de maio de 2020 (f. 181-182), o Juízo singular abriu vistas à Defesa para se manifestar acerca do aditamento da denúncia bem como para manifestação sobre a manutenção da prisão preventiva. A Defensoria Pública manifestou dia 11 de maio de 2020 e o *Parquet* em 18 de maio de 2020 (f. 184-187 e 195-198).

Na data de 19 de maio de 2020, a autoridade indigitada coatora proferiu decisão mantendo a prisão preventiva anteriormente decretada, recebeu o aditamento da denúncia e abriu prazo de cinco dias para manifestação das partes (f. 199-203).

Foi designado audiência de instrução e julgamento para o dia 30 de junho de 2020 (f. 251-252).

Conforme se observa da presente digressão é possível denotar que na origem o feito tem recebido o devido impulso e, diante das peculiaridades, tramita em prazo razoável, com devida obediência das garantias do acusado-paciente, tudo a corroborar cenário que afasta a pretensa alegação de excesso de prazo.

A esse respeito, colho os seguintes precedentes desta Corte:

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO – ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO – INOCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE DESÍDIA JUDICIÁRIA – ADITAMENTO DA DENÚNCIA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – EXCESSO JUSTIFICADO – NECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE CARTAS PRECATÓRIAS CONSTRANGIMENTO ILEGAL – NÃO EVIDENCIADO – ORDEM DENEGADA. I - O sistema dos prazos relativos à instrução criminal não se caracteriza pela fatalidade nem pela improrrogabilidade; orienta-se pelo princípio da razoabilidade, segundo o qual somente a desídia na condução do feito configura o excesso de prazo. Não ofende o princípio da razoável duração do processo eventual excesso decorrente de peculiaridade dos autos, como ocorre quando surge necessidade de aditamento da denúncia pela prática de fato delituoso diverso, além da expedição de cartas precatórias. II- Ordem denegada."* (TJMS; *Habeas Corpus* n. 1402647-80.2017.8.12.0000 – Campo Grande; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, 3ª Câmara Criminal, Julgado em 20.04.2017).

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – ART. 33, CAPUT C.C ART. 40, V, AMBOS DA LEI 11.343/06 – EXCESSO DE PRAZO PARA ENCERRAMENTO DE INSTRUÇÃO CRIMINAL – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO – PRISÃO PREVENTIVA JUSTIFICADA NO CASO CONCRETO ANTE A PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ARTIGO 312 CPP – GRANDE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (103,75 KG DE MACONHA) ORDEM DENEGADA. Não há falar em constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa, porquanto o alegado excesso de prazo injustificado não restou caracterizado, no caso concreto, mormente porque o processo tramita normalmente e aguarda o retorno das precatórias para oitiva das testemunhas e interrogatórios dos acusados. Havendo prova da existência do crime e fortes indícios de autoria, além da necessidade da garantia da ordem pública, estão presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal, não existindo constrangimento ilegal."* (TJMS; *Habeas Corpus* n. 1402414-83.2017.8.12.0000 – Bataguassu; Rel. Des. Manoel Mendes Carli, 1ª Câmara Criminal, Julgado em 11.04.2017).

Portanto, não há falar em excesso de prazo para a formação da culpa.

Quanto ao mais, deve ser pontuado que a prisão cautelar constitui medida de caráter excepcional, cuja decretação exige fundamentação concreta que demonstre, com exatidão, a presença das condições e dos pressupostos que autorizam a constrição prévia da liberdade, sem que haja ofensa ao princípio da presunção de inocência, quais sejam, o *fummus comissi delicti* e o *periculum libertatis*.

Revela-se necessário, portanto, além da prova de materialidade delitiva e dos indícios de autoria, a demonstração, com base em circunstâncias concretas, da necessidade da custódia para acautelar a ordem pública ou a ordem econômica, para a conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

A propósito, eis a dicção do Código de Processo Penal:

> *"Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.*
>
> *Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).*
>
> *Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:*
>
> *I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;*
>
> *II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7.12.40 - Código Penal;*

> *III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;*
>
> *IV - (revogado)*
>
> *Parágrafo único, Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida."*

No caso em epígrafe, observa-se que o decreto prisional está calcado em decisão devidamente fundamentada, na qual restaram demonstrados os indícios suficientes de autoria do paciente no delito tipificados nos artigos 250 (incêndio), § 1.º, inc. II, "a" (em casa habitada), do Código Penal e art. 24-A (Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência) da Lei n.º 11340/06, bem como a necessidade da custódia como forma, principalmente, de garantir a ordem pública.

Deve ser destacado, inicialmente que o caso admite a aplicação da prisão de caráter processual, pois o delito imputado ao paciente possui pena máxima que suplanta 04 (quatro) anos de reclusão, restando preenchida a condição prevista no artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal.

Quanto ao *fummus comissi delicti*, verifica-se que resta cristalino nos autos, em face dos elementos de informação colhidos no curso da investigação policial, notadamente pela prisão em flagrante do paciente e pelo recebimento da denúncia ofertada em seu desfavor, o que, por certo, pressupõe a presença de justa causa para a deflagração da ação penal.

O *periculum libertatis* também está evidenciado na hipótese em testilha, visto que a custódia preventiva decorre da necessidade imperiosa de acautelar a ordem pública, que é assim definida pela melhor doutrina, *verbis*:

> *"O significado da expressão 'garantia de ordem pública' não é pacífico na doutrina e na jurisprudência. Buscando a manutenção da paz no corpo social, a lei visa impedir que o réu volte a delinquir durante a investigação ou instrução criminal (periculosidade). Pretende, também, resguardar a própria credibilidade da Justiça, reafirmando a validade e a autoridade da ordem jurídica, posta em xeque pela conduta criminosa e por sua repercussão na sociedade."* (BONFIM, Edilson Mougenot. Reforma do código de processo penal: comentários à Lei n. 12.403/2011. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 131).

No caso, o decreto prisional está fundamentado na gravidade acentuada da conduta imputada ao paciente e circunstâncias fáticas concretas apresentadas pelo julgador da origem, notadamente considerando que fora preso pela prática de crime de incêndio praticado em âmbito familiar e doméstico.

Conforme se vislumbra dos autos, o paciente, em tese, descumpriu medidas protetivas deferidas em favor da ofendida G. D. M., e, cumprindo o que anteriormente havia prometido, ateou fogo em sua residência.

Se não bastasse, vislumbra-se que o paciente R. G. J.Z possui duas Ações Penais em curso, em contexto de violência doméstica, 0001074-95.2019.8.12.0040 (ameaça e lesão corporal) e 0000593-35.2019.8.12.0040 (ameaça e lesão corporal), além de diversas anotações por atos infracionais (consulta SAJ/PG), realçando os indicativos de sua personalidade desregrada e voltada à delinquência.

Nesse tom, o entendimento emanado do Superior Tribunal de Justiça: "*inquéritos e ações penais em curso constituem elementos capazes de demonstrar o risco concreto de reiteração delituosa, justificando a decretação da prisão preventiva para a garantia da ordem pública*." (STJ. 5ª Turma. RHC 70.698/MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 1º/8/2016).

Aliás, no auto de representação pela Prisão Preventiva nº 0001214-32.2019.8.12.0040, a autoridade coatora, ao decretar a prisão preventiva, bem ponderou acerca da gravidade concreta dos fatos, o risco de reiteração e necessidade de assegurar a integridade da vítima:

"(...) quanto aos indícios de autoria, estes vêm estampados através das declarações prestadas pelas próprias testemunhas, bem como os demais documentos que instruem o pedido formulado pelo Delegado de Polícia, sobretudo o auto de constatação, que atestam a materialidade delitiva (f. 12-15).

Denota-se dos depoimentos prestados pelas testemunhas que todas foram unânimes em dizer que viram a pessoa de R. em frente a casa da vítima momentos antes do incêndio acontecer.

Aliado a isso, vislumbra-se, ainda, as ameaças de morte perpetradas pelo representado contra a vítima, conforme se verifica às f. 16-17, ***sendo que ele afirmou por meio de conversas no aplicativo whats app que iria matar não só a vítima, mas também outras pessoas.***

Outrossim, em consulta ao SAJ, verifica-se que o representado figura como parte passiva em pelo menos 03 (três) ações penais nesta comarca (Autos nº 0001074-95.2019.8.12.0040; 0000593-35.2019.8.12.0040 e 0000615-93.2019.8.12.0040), além de vários outros atos infracionais praticados quando ainda era menor.

Destaca-se que na Ação Penal nº 0000615-93.2019.8.12.0040, além de responder pelo crime de estupro de vulnerável, o investigado ainda responde pelo crime de ameaça, em razão de ter dito à vítima ***'Vou matar você e toda sua família e atear fogo na sua casa se me denunciar para policia',*** *consoante os termos da denúncia.*

Destarte, ao que parece, o investigado cumpriu com a ameaça proferida, porquanto tal ato delituoso (incêndio) se deu após sua soltura. *(...)."* Destaquei.

Destarte, no caso em epígrafe, a prisão cautelar encontra-se devidamente fundamentada na necessidade imperiosa de resguardar a ordem pública, diante da gravidade concreta do delito, do fundado receio de reiteração delitiva e dos indicativos de periculosidade social do paciente.

A propósito, colho precedentes desta Corte:

"HABEAS CORPUS – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – EX-CONVIVENTE – CRIME DE INCÊNDIO – PRISÃO PREVENTIVA – MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA VERIFICADOS – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – REQUISITOS PREENCHIDOS – PERICULOSIDADE E GRAVIDADE CONCRETAS – PERICULUM LIBERTATIS EVIDENCIADO – SEGREGAÇÃO COMPATÍVEL COM A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. FRAGILIDADE DE SAÚDE NÃO DEMONSTRADA. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES – INVIABILIDADE – ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO – RESPEITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO – ANÁLISE A LUZ DE CRITÉRIO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL – ORDEM DENEGADA – COM O PARECER. 1. Evidencia-se o fumus commissi delicti da prova da existência do crime e dos indícios suficientes de autoria, o que, aliando-se à justificada garantia da ordem pública, consubstanciada na gravidade e circunstâncias fáticas concretas, são elementos suficientes para se concluir pela presença do periculum libertatis e, por corolário, manter a prisão preventiva, pois presentes os pressupostos e requisitos inerentes (art. 312, CPP), em que pese a irresignação demonstrada. 2. A existência de incursões e ocorrências criminais, a evidenciar escalada delitiva no cenário de violência doméstica contra a ex-convivente, revela, dos elementos até então colhidos, que a liberdade do paciente ocasiona periclitação à integridade física da vítima e atenta contra a garantia da ordem pública, máxime porque concedida liberdade provisória e deferidas medidas protetivas por fatos anteriores, as quais foram insuficientes, ensejando a imprescindibilidade do acautelamento prisional com a finalidade de estancar o ciclo de violência. 4. Inegável a compatibilidade da prisão preventiva com a presunção de inocência, pois esta, embora se consubstancie em pilar do Estado Democrático de Direito, não impede a imposição de restrições ao direito do acusado antes do final processo (STF. HC 106856, Relatora: Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 05/06/2012). 5. Inaplicáveis as medidas cautelares elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, conforme artigo 282, II, do mesmo diploma, face ao quadro fático delineado, até porque a prisão preventiva encontra embasamento na Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXI, possibilitando

a sua decretação quando, além das condições de admissibilidade do artigo 313 do CPP, presentes os requisitos expressamente previstos, que, analisados concretamente, demonstram a necessidade da segregação para garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da Lei penal. 6. O contexto de datas e atos realizados na origem demonstram a devida diligência, sobretudo em razão das particularidades do processo, de tal sorte que não há como se atribuir ao Judiciário ou aos órgãos da persecução penal a responsabilidade por matemática excessividade de prazo; pelo contrário, tudo indica que o feito tramita regularmente, em total consonância à razoável duração do processo." (TJMS; *HC* 1407218-26.2019.8.12.0000; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Jairo Roberto de Quadros; DJMS 01/07/2019; Pág. 60)

"HABEAS CORPUS INCÊNDIO (ART. 250, CP) AMEAÇA (147, CP), NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM BASE EM FUNDAMENTO IDÔNEO PERICULOSIDADE DO PACIENTE COMPROVADA PELO MODUS OPERANDI DA AÇÃO CRIMINOSA GRAVIDADE CONCRETA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA ORDEM DENEGADA. I. Presentes os pressupostos do art. 313 e os requisitos do art. 312, ambos do CPP, é de rigor a manutenção da prisão preventiva, sobretudo para salvaguarda da ordem pública ante a periculosidade concreta do Paciente (acusado de crime de ameaça no contexto de violência doméstica e incêndio em casa habitada), e também por ostentar consideráveis antecedentes criminais. II Com o parecer. Ordem denegada." (TJMS; *HC* 1412237-13.2019.8.12.0000; Primeira Câmara Criminal; Rel. Juiz Lúcio R. da Silveira; DJMS 15/10/2019; Pág. 81)

"HABEAS CORPUS – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – AMEAÇA E INCÊNDIO – SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS – INVIABILIDADE – NECESSIDADE DE EVITAR A REITERAÇÃO CRIMINOSA – AUSÊNCIA DE RISCO CONCRETO DE INFECÇÃO POR COVID-19 – PACIENTE QUE SEQUER INTEGRA GRUPO DE RISCO – INOCORRÊNCIA DE EXCESSO DE PRAZO ILEGAL INEXISTENTE – ORDEM DENEGADA. I O Decreto de custódia cautelar encontra-se devidamente fundamentado, dada a presença de prova da materialidade e de indícios suficientes de autoria (fumus comissi delicti), da configuração de uma das hipóteses de admissibilidade e, sobretudo, em razão da contemporânea necessidade de se resguardar a ordem pública e a integridade física e psicológica das vítimas (periculum libertatis), conforme informações prestadas. II Não há justificativa para a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares. Isso porque, apesar de o paciente encontrar-se em unidade prisional cuja lotação situa-se acima da capacidade (situação infelizmente comum a absoluta maioria dos estabelecimentos penitenciários brasileiros), ele tem apenas 31 anos de idade e não foram acostados quaisquer documentos idôneos a fim de demonstrar que ele compõe o grupo de risco indicado pela Organização Mundial da Saúde. Também não foram apresentadas quaisquer informações de que no local da custódia há casos confirmados de COVID-19 ou incapacidade em promover o isolamento de possíveis infectados pela doença. III Verifica-se que a desaceleração do feito não se deu por desídia estatal, tornando-se justificável a relativa demora para o encerramento da instrução, que, aliás, não destoa da média de tempo em feitos de complexidade semelhante. Observa-se, inclusive que foi marcada audiência para data próxima, dia 14/04/2020. Assim, não se observa eventual retardamento injustificado da marcha da ação penal que fosse capaz de configurar algum excesso. IV Ordem denegada, com o parecer." (TJMS; *HC* 1403128-38.2020.8.12.0000; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Emerson Cafure; DJMS 16/04/2020; Pág. 87)

Cumpre anotar, neste palmilhar, que a jurisprudência é uníssona no sentido de que eventuais "*condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, não têm o condão de, por si sós, desconstituir a custódia antecipada, caso estejam presentes outros requisitos de ordem objetiva e subjetiva que autorizem a decretação da medida extrema.*" (*HC* 217.175/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 12/03/2013). No mesmo sentido a orientação o e. STF: *HC* 112.642, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 10.08.12.

Ademais, revela-se incabível a substituição da custódia preventiva por quaisquer das medidas alternativas encartadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, por serem insuficientes e inadequados

ao caso concreto, considerando a gravidade acentuada do delito imputado ao paciente e o risco concreto de reiteração delitiva.

Nesse sentido:

> *"HABEAS CORPUS – VIAS DE FATO – CRIMES DE AMEAÇA E LESÃO CORPORAL, NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA – SEGREGAÇÃO CAUTELAR – PERICULOSIDADE CONCRETA DO AGENTE – NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA – MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS ART. 319 DO CPP – NÃO CABIMENTO – PACIENTE QUE NÃO SE ENCONTRA EM SITUAÇÃO DE RISCO – NÃO APLICAÇÃO DA RECOMENDAÇÃO N. 62/2020, DO CNJ – ORDEM DENEGADA. 1. Mantém-se a prisão preventiva decretada com fundamento na necessidade de garantir a ordem pública, ante a possibilidade concreta de que o Paciente ofenda à saúde e integridade física e psicológica da vítima e terceiros. As medidas cautelares, alternativas à prisão preventiva (artigo 319 do Código de Processo Penal),* ***não se mostram suficientes e proporcionais às supostas condutas praticadas pelo Paciente, mormente em caso de descumprimento de medidas protetivas de urgência.*** *2. Não há prova pré-constituída de que o Paciente pertença a grupo de risco (em razão da idade e/ou problema clínico), ou que haja alta probabilidade de contaminação pelo COVID-19 no estabelecimento prisional em que está custodiado, situação que recomenda a manutenção da prisão cautelar. 3. Ordem denegada, com o parecer."* (TJMS; *HC* 1405769-96.2020.8.12.0000; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Emerson Cafure; DJMS 15/06/2020; Pág. 148). G.n.

Destarte, preenchidos os requisitos previstos nos artigos 312 e 313, do Código de Processo Penal, não há falar em ilegalidade na decretação da prisão preventiva do paciente.

Desta feita, inexiste constrangimento ilegal ao direito de locomoção do paciente, pois a prisão preventiva encontra amparo no artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, e foi validamente justificada na necessidade de resguardar a ordem pública, haja vista as circunstâncias do caso que retratam, *in concreto*, a imprescindibilidade da medida.

Ante o exposto, denego a presente ordem de *habeas corpus*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem, nos termos do voto da relatora.

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, 18 de junho de 2020.

***

1ª Câmara Criminal
Relatora Desª Elizabete Anache
Apelação Criminal nº 0045454-63.2018.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME MILITAR – VIOLAÇÃO DE SIGILO – RECURSO DEFENSIVO – PRELIMINAR DE ILEGALIDADE DA PROVA – INQUÉRITO INSTAURADO EM DECORRÊNCIA DE MENSAGEM DE TEXTO ENVIADA PARA PESSOA INVESTIGADA POR OUTRO CRIME – ACESSO NÃO AUTORIZADO – ILICITUDE DA PROVA CONFIGURADA – NULIDADE DA AÇÃO PENAL – RECURSO PROVIDO.

Deve ser considerada ilícita a prova se, em cumprimento de mandado de busca e apreensão para localização de armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso, sem menção nem mesmo remota à apreensão de aparelho celular, a polícia tem acesso à mensagem de texto recebida, cujo teor indicaria a prática de suposta violação de sigilo por parte do apelante.

A polícia deveria, após a apreensão do aparelho, ter requerido uma ordem judicial para análise das mensagens nele constantes, evitando, assim, a quebra ilegal do sigilo de dados.

Em observância à teoria dos frutos da árvore envenenada, devem ser consideradas ilícitas todas as provas obtidas a partir dela ou dela decorrentes. Assim, o inquérito policial instaurado em razão da mensagem supramencionada, encontra-se eivado, integralmente, de ilegalidade, o que atinge a ação penal.

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, acolheram a preliminar para anular a ação penal.

Campo Grande, 18 de maio de 2020.

Desª Elizabete Anache - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Elizabete Anache.

Trata-se de apelação criminal interposta por Keny Marques Lima em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito da Auditoria Militar que o condenou como incurso no art. 326 do Código Penal Militar, a 6 meses de detenção, concedida a suspensão condicional da pena privativa de liberdade pelo prazo de 2 anos.

Sustenta, em síntese, que deve ser absolvido diante da ilicitude da prova, pela atipicidade da conduta e pela ausência de dolo.

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões às f. 278-82 pelo conhecimento e improvimento do recurso, sendo em igual sentido o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 293-7).

VOTO

A Sra. Desª Elizabete Anache. (Relatora)

Trata-se de apelação criminal interposta por Keny Marques Lima em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito da Auditoria Militar que o condenou como incurso no art. 326 do Código Penal Militar, a 6 meses de detenção, concedida a suspensão condicional da pena privativa de liberdade pelo prazo de 2 anos.

Em síntese, sustenta que deve ser absolvido diante da ilicitude da prova, pela atipicidade da conduta e pela ausência de dolo.

A conduta narrada na exordial acusatória é a seguinte (f. 2-3):

> *"Consta do presente Inquérito Policial Militar que no mês de setembro de 2017, na cidade e Comarca de Fátima do Sul/MS, o denunciado Keny Marques Lima, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, revelou a Leonardo Monteiro Bandechi, fato de que tinha ciência em razão do cargo e que devia permanecer em segredo, qual seja, que integrantes das forças policiais em Fátima do Sul/MS estariam planejando abordá-lo para prendê-lo em flagrante por porte/posse de armas de fogo.*
>
> *Extrai-se dos presentes autos, que no dia 14 de setembro de 2017, equipes da Policia Civil e da Força Tática de Fátima do Sul/MS, realizaram diligências para cumprimento de Mandado de Busca e Apreensão e de Prisão na residência de Leonardo Monteiro Bandechi, sendo que da busca, resultou na apreensão de uma Pistola 9 milimetro e um aparelho celular.*
>
> *Infere-se que no aparelho celular do preso, haviam algumas mensagens de texto e áudio no aplicativo Whatsapp das quais partiam do numeral (67) 8162-4291, agendado em nome de Keny, que alertava Leonardo para não andar armado, pois poderia ser preso por policiais.*
>
> *Os policiais da Força Tática, ao ouvirem os áudios, perceberam que a voz era do policial militar Keny Marques Lima.*
>
> *Em seu termo de inquirição (f. 51-53), o denunciado confirma a autoria dos áudios e das mensagens de texto, restando claro um vínculo de amizade entre o policial militar Keny e o preso Leonardo.*
>
> *Tomando ciência do Mandado de Busca e Apreensão, o denunciado informou o preso acerca da diligência, no intuito de deixá-lo atento as investidas dos policiais militares encarregados na ação.*
>
> *A materialidade e autoria delitiva restam devidamente comprovadas pelo Termo de Comunicação (f. 10-11); Pedido de Busca e Apreensão (f. 13-15); Fotografias (f. 18-24); Termo de Inquirição denunciado (f. 51-53), tal como pelos termos de depoimentos acostados neste procedimento."*

Pois bem.

Preliminar de nulidade processual: ilicitude de provas

O apelante alega a ocorrência de nulidade processual, porquanto o aparelho celular de Leonardo foi vistoriado por agentes policiais sem a imprescindível autorização judicial, o que configura prova ilícita.

Com razão o recorrente. Explico.

Da leitura da exordial acusatória, vislumbra-se que a ação penal teve início a partir da prova - mensagem de texto - obtida em análise dos dados constantes do celular pertencente a Leonardo Monteiro Bandechi, apreendido no cumprimento de mandado de busca e apreensão na residência dele, que era investigado por porte ilegal de arma de fogo.

Com efeito, em consulta ao SAJ-1º Grau (Autos n. 0001798-63.2017.8.12.0010), constata-se que a autoridade policial representou pela realização de busca e apreensão na residência de Leonardo e de Davi Couto Passos, ambos egressos do sistema penal, pelos seguintes motivos:

> *"A delegacia regional de polícia comporta também o núcleo de inteligência da fronteira e o policial civil Edmundo Honorato que integra esse núcleo tomou conhecimento através de contato telefônico anônimo na qual o(a) interlocutor(a) encaminhou imagens de 02 (duas) armas de fogo do tipo (pistola e revólver) na qual a pistola calibre 9mm estaria na posse ininterrupta do investigado-sentenciado Leonardo Monteiro Bandechi, vulgo Leo Preto que atualmente está residindo em 02(dois) endereços (...) e que o revólver provavelmente calibre 38 ou 32 estaria na posse ininterrupta do investigado-sentenciado Davi Couto Passos, vulgo Mano Davi ou Bigode (...).*
>
> *Desta forma, na qualidade de delegado de polícia represento perante este juízo criminal e com o devido acatamento pelo membro do ministério público estadual pelo deferimento e expedição do competente mandado de busca e apreensão domiciliar com base nos ensinamentos do artigo 240, § 1°, alínea d (apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso), nas residências localizadas nos seguintes endereços (...)."* (f. 1-2).

Na decisão de deferimento da representação, o juízo *a quo* não especificou o alcance da busca e apreensão, mas apenas fez referência ao pedido da autoridade policial, senão vejamos:

Por ocasião dessa diligência, além da arma, foi recolhido o celular e, consequentemente, nele foi encontrada a mensagem de texto que deu azo à sindicância (f. 5-101), bem como à presente ação penal.

Feito esse histórico dos fatos, desde logo, esclareço que a atividade policial de apreender objetos relacionado dos ao fato criminoso e coletar provas a respeito (art. 6º, II e III, do Código de Processo Penal), bem como realizar a colheita de elementos de convicção (art. 240, § 1º, "h", do mesmo Codex), são previsões genéricas da legislação processual penal que precisam ser harmonizadas com direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal.

É cediço que, diante da serendipidade dos mandados de busca e apreensão, inexiste ilegalidade na colheita fortuita de provas, o que acontece quando, no cumprimento de um mandado devidamente autorizado judicialmente, a autoridade policial se depara com elementos de crime diverso, inexistindo aqui ilegalidade na respectiva prova, mesmo que a ordem judicial não tenha abarcado o referido bem.

Tal fato é comum quando, no cumprimento de mandados de busca e apreensão, são encontradas drogas e armas, fato que, diante da permanência dos respectivos crimes, configura situação de flagrância.

Dito isso, vejo que o caso em exame no presente recurso não se confunde com o chamado encontro fortuito de provas.

Isso porque, aqui, foi autorizada a busca e apreensão na residência de Leonardo, nos seguintes termos (f. 18):

> *"Conforme o requerimento inicial e documentos que o acompanham (f. 03-06). Observa-se que há indícios de que os representados estariam de posse das armas de logo constantes nas imagens, os quais servem como elementos de prova da prática delitiva de crimes previstos na Lei n. 10.826/2003, além de possível descumprimento de condições das prisões domiciliares deferidas nos Autos n. 0002429-46.2013 (Davi) e n. 0011596-77.2014 (Leonardo), onde os representados cumprem pena em regime semiaberto.*
>
> *Deste modo, entende-se necessário o deferimento da representação para subsidiar a investigação policial na busca de elementos de provas de novas infrações cometidas pelos representados, os quais, frise-se, possuem ficha criminal com condenações nesta Comarca de Fátima do Sul."*

Em cumprimento da ordem para coleta de provas de novas infrações cometidas por Leonardo, foi apreendido o celular do investigado e, sem autorização deste, foram visualizadas as mensagens de texto, dentre as quais foi encontrada a que deu origem à investigação instaurada contra o apelante.

Veja-se que inexiste qualquer liame entre o objeto da diligência autorizada judicialmente (porte de arma e outras infrações cometidas por Leonardo) e o delito em exame (violação de sigilo funcional de Keny).

Além disso, o aparelho celular não poderia ser devassado sem a respectiva ordem judicial, não bastando, para tanto a decisão que deferiu a busca e apreensão para colheita de provas de supostos crimes cometidos por outrem.

Consigno que, em seu depoimento judicial, Leonardo negou que tenha mantido contato com o réu ou que dele tenha recebido qualquer mensagem de texto. Disse que, quando os policiais entraram na sua residência, foi determinado que se despisse, sendo que o telefone estava no seu bolso e foi pego pelos agentes e, a partir daí, o eletrônico já ficou em poder da polícia.

Por sua vez, Keny disse que conhecia Leonardo, mas negou que tivesse qualquer amizade com ele. Afirmou que estava atendendo um pedido do colega Albuquerque para levantar informações a respeito de Leonardo. Disse que a mensagem enviada não consistiu em favorecimento, mas uma forma de aproximação com o investigado.

Portanto, a polícia deveria, após a apreensão do aparelho, ter requerido uma ordem judicial para análise das mensagens nele constantes, evitando, assim, a quebra do sigilo de dados.

Esse é o entendimento do STJ que tem decidido pela ilicitude da prova colhida mediante acesso aos dados armazenados no aparelho celular, relativos a mensagens de texto, SMS, conversas por meio de aplicativos (*WhatsApp*) ou obtida diretamente pela polícia, sem prévia autorização judicial.

A 5ª Turma do STJ, no julgamento do RHC 101.585/MG acolheu a tese da defesa de nulidade da prova decorrente da interceptação de mensagens de *whatsapp* no celular do réu pelos policiais, sem autorização judicial, ao efetuarem prisão em flagrante, perceberam que o aparelho estava desbloqueado, com o aplicativo aberto, importando em violação à intimidade.

O respectivo acórdão restou assim ementado:

> *"PENAL E PROCESSO PENAL – RECURSO EM HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – PRISÃO EM FLAGRANTE – APARELHO TELEFÔNICO APREENDIDO – VISTORIA REALIZADA PELA POLÍCIA MILITAR SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU DO PRÓPRIO INVESTIGADO – VERIFICAÇÃO DE MENSAGENS (CONVERSAS DE WHATSAPP) – VIOLAÇÃO DA INTIMIDADE – PROVA ILÍCITA – ART. 157 DO CPP – RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. 1. Embora a situação retratada nos autos não esteja protegida pela Lei n. 9.296/1996 nem pela Lei n. 12.965/2014, haja vista não se tratar de quebra sigilo telefônico por meio de interceptação telefônica, ou seja, embora não se trate violação da garantia de inviolabilidade das comunicações, prevista no art. 5º, inciso XII, da CF, houve sim violação dos dados armazenados no celular do recorrente (mensagens de texto arquivadas - WhatsApp). 2. No caso, deveria a autoridade policial, após a apreensão do telefone, ter requerido judicialmente a quebra do sigilo dos dados armazenados, haja vista a garantia, igualmente constitucional, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, prevista no art. 5º, inciso X, da CF. Dessa forma, a análise dos dados telefônicos constante do aparelho do investigado, sem sua prévia autorização ou de prévia autorização judicial devidamente motivada, revela a ilicitude da prova, nos termos do art. 157 do CPP. Precedentes do STJ. 3. Recurso em habeas corpus provido, para reconhecer a ilicitude da colheita de dados do aparelho telefônico do recorrente, sem autorização judicial, devendo mencionadas provas, bem como as derivadas, serem desentranhadas dos autos, exame que será feito pelo Juízo de 1º Grau."* (RHC 101.585/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/10/2018, DJe 26/10/2018)

Ainda, o Min. Relator fez constar do voto que *"Nesse encadeamento de ideias, verifica-se que a obtenção dos dados telefônicos do recorrente se deu em violação de normas constitucionais e legais, a revelar a inadmissibilidade da prova, nos termos do art. 157, caput, do Código de Processo Penal. Dessarte, referidas provas devem ser desentranhadas dos autos, bem como as provas derivadas, cabendo ao Magistrado de origem analisar a nexo de causalidade e eventual existência de fonte independente, nos termos do art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal."*

Nesse sentido é firme posicionamento no sentido de *"ser ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (WhatsApp), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, obtidos diretamente pela polícia no momento do flagrante, sem prévia autorização judicial para análise dos dados armazenados no telefone móvel."* (RHC n. 77.232/SC, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 16/10/2017). Da Sexta Turma, o RHC n. 76.510/RR, Ministro Nefi Cordeiro, DJe 17/4/2017).

Em decorrência dessa ilegalidade, em observância à teoria dos frutos da árvore envenenada, devem ser consideradas ilícitas todas as provas obtidas a partir dela ou decorrentes. Assim, o inquérito policial instaurado em decorrência da mensagem supramencionada, encontra-se eivado, integralmente, de ilegalidade, o que atinge a ação penal.

Nesse ínterim, cabe frisar que a utilização de provas obtidas em violação a normas constitucionais, como na espécie, é cabalmente vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro, consoante o disposto no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, de forma que devem ser desentranhadas do processo.

Posto isso, acolho a preliminar levantada no recurso para reconhecer a nulidade da ação penal, porque lastreada em prova contaminada pela ilicitude, desde a sua gênese.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acolheram a preliminar para anular a ação penal.

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, 18 de maio de 2020.

***

1ª Câmara Criminal
Relatora Desª Elizabete Anache
Apelação Criminal nº 0000214-34.2017.8.12.0018 – Paranaíba

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFESA – VENDA E EXPOSIÇÃO À VENDA DE MEDICAÇÃO – ART. 273, § 1º-B DO CÓDIGO PENAL – APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA SANÇÃO PREVISTA PARA O ART. 33 DA LEI 11.343/2006 – PRECEDENTES – DOSIMETRIA DA PENA – CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO – INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Havendo comprovação de que o réu vendeu, armazenava e expunha à venda medicação sem registro e constante da Portaria 344 da Anvisa, deve ser aplicada, por analogia, a pena referente ao crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/2006). Precedentes.

O acondicionamento e exposição à venda de uma grande quantidade de medicamentos sem registro e constantes da Portaria 344 da Anvisa, representa fundamento idôneo à negativação das circunstâncias do delito.

A abstrata indicação dos malefícios dos medicamentos, assim como suas consequências ao consumidor são reflexos inerentes à conduta e, por isso, incabível a negativação das consequências do crime.

A causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 – tráfico privilegiado – não se amolda aos ditames do crime previsto no art. 273 do Código Penal, por ausência de previsão legal. Precedentes do STJ.

Com o parecer. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 25 de maio de 2020.

Desª Elizabete Anache - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Elizabete Anache.

Trata-se de apelação criminal interposta por Danilo Ramos Cardoso contra a sentença proferida pelo d. Juízo da Vara Criminal, das Execuções Penais e da Infância e Adolescência da Comarca de Paranaíba, que o condenou à pena 11 anos e 3 meses de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 60 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal.

A C. 1ª Câmara Criminal, às f. 237-246, por unanimidade, negou provimento ao recurso para manter a condenação decretada pelo d. Juízo de primeiro grau.

Já com relação à dosimetria da pena, este Colegiado determinou a afetação do processo ao C. Órgão Especial deste Tribunal, que, por maioria, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal para que outro seja aplicado em seu lugar (f. 252-262).

Os autos retornaram a esta relatora para realização da dosimetria da pena, e, neste ponto, o apelante pleiteia pela aplicação analógica da pena atribuível ao art. 33 da Lei 11.343/2006, com a substituição da pena corporal por restritivas de direito, nos termos do art. 44 do Código Penal.

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões às f. 193-208, pugnando pelo improvimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 220-228, opinando pela aplicação analógica do preceito secundário do art. 33 da Lei 11.343/2006.

VOTO

A Sra. Desª Elizabete Anache. (Relatora)

Trata-se de apelação criminal interposta por Danilo Ramos Cardoso contra a sentença proferida pelo d. Juízo da Vara Criminal, das Execuções Penais e da Infância e Adolescência da Comarca de Paranaíba, que o condenou à pena 11 anos e 3 meses de reclusão em regime fechado e ao pagamento de 60 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal.

Conforme registrado no relatório, este d. Colegiado[1] já analisou o mérito do recurso e, por unanimidade, negou provimento ao apelo para manter a condenação decretada pelo d. Juízo de primeiro grau.

Logo, o objeto deste *decisum* é, tão somente, a realização da dosimetria da pena.

Com a afetação deste processo, o C. Órgão Especial deste Sodalício, por maioria, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, determinando-se a aplicação de outro que melhor se adeque ao caso:

> *"EMENTA – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE CRIMINAL – VENDA E EXPOSIÇÃO À VENDA DE MEDICAÇÃO, SEM REGISTRO NA ANVISA – CRIME PREVISTO NO ART. 273, § 1º-B, I, DO CÓDIGO PENAL – PRECEITO SECUNDÁRIO – INCONSTITUCIONALIDADE – DESPROPORCIONALIDADE DA PENA – REQUERIMENTO DE APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DA PENA REFERENTE AO TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006) – PROCEDÊNCIA DO INCIDENTE. Declara-se, incidentalmente, a inconstitucionalidade do preceito secundário do art. 273 do Código Penal, cuja pena cominada é de 10 (dez) a 15 (quinze) anos de reclusão, para aqueles que vendem ou expõem à venda medicação sem registro na ANVISA, cominação exacerbada em comparação a outros delitos mais graves, o que redunda em reprimenda violadora dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, caso em que se recomenda a aplicação de preceito secundário que melhor se adeque ao fato tipificado no dispositivo correspondente."* Relator – Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Neste ponto, o apelante, assim como a Procuradoria-Geral de Justiça, pugna pela aplicação analógica da pena referente ao crime de tráfico de drogas, nos termos do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Assiste razão às partes.

1 EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – VENDA E EXPOSIÇÃO À VENDA DE MEDICAÇÃO – ART. 273, § 1º-B DO CÓDIGO PENAL – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – DOSIMETRIA DA PENA – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL DO PRECEITO SECUNDÁRIO – APLICAÇÃO ANALÓGICA DA PENA REFERENTE AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS – CLÁUSULA DE PLENÁRIO – NECESSIDADE DE AFETAÇÃO AO ÓRGÃO ESPECIAL. Havendo comprovação de que o réu vendeu e expôs à venda medicação sem registro na ANVISA e constantes da Portaria nº 344/98, resta configurado o crime previsto no art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal. O preceito secundário previsto para o crime previsto no art. 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal, não guarda proporcionalidade com o objetivo da norma incriminadora, conforme precedentes dos Tribunais Superiores. Em obediência à clausula de reserva de plenário (art. 97 da CF), conjugada com o Regimento Interno desta Corte (art. 127, inciso I, "r"), a análise acerca da inconstitucionalidade compete ao Órgão Especial, devendo, por isso, o processo ser afetado àquele Colegiado.

Conforme já exposto por esta relatora no acórdão de f. 237-246, a prática da comercialização de medicamentos sem registro e constante da Portaria 344 da ANVISA, guarda feição à comercialização de drogas, e, por isso, entendo que o preceito secundário do crime de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 33 da Lei 11.343/2006) é o que melhor se adequa ao caso concreto.

Ao fixar a reprimenda, o juiz *a quo* consignou:

> *"Atento ao critério trifásico de dosimetria da pena, previsto em nossa legislação penal, passo à fixação.* ***1ª Fase:*** *nada a considerar sobre as circunstâncias judiciais referentes à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, bem como ao comportamento da vítima. Militam, entretanto, em desfavor do denunciado as* ***circunstâncias do crime****, pois, foi apreendido um elevado número de medicamentos de diversas espécies em sua posse, especificamente, 39 (trinta e nove) frascos de Melatonin 3mg, 04 (quatro) frascos de DHEA-25 Health Quest, 04 (quatro) frascos de DHEA 50mg Sun Naturals, 10 (dez) frascos de DHEA 25mg Sun Naturals e 01 (um) frasco de Oxy Elite Pro. Devem ser consideradas as* ***consequências do crime****, haja vista que, além de alguns medicamentos por ele comercializados produzirem diversos efeitos prejudiciais à saúde, foram verificadas efetivamente as referidas reações adversas em Pedro Eduardo Peralta Rossafa Pegado.* ***Fixo a pena-base em 11 (onze) anos e 03 (três) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa. 2ª Fase:*** *Não há agravantes ou atenuantes, razão pela qual a pena intermediária fica sem alteração.* ***Fixo a pena intermediária em 11 (onze) anos e 03 (três) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa. 3ª Fase:*** *Não há causas de diminuição e nem tampouco de aumento de pena, motivo pelo qual torno a* ***pena definitiva no patamar de 11 (onze) anos e 03 (três) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa.*** *Fixo o dia multa em 1/30 do salário mínimo vigente. Fixo, pois, regime inicialmente* ***fechado*** *(art. 33, § 2º, 'a', do CP), em razão do quantum da pena aplicada."* (f. 159 - grifos originais)

Pois bem. Da pena-base, nota-se que o magistrado singular negativou as circunstâncias do crime e suas consequências, estabelecendo a pena inicial acima do mínimo legal.

De início, no que concerne às circunstâncias do crime, entendo que deve permanecer sua negativação, porquanto o acondicionamento e exposição à venda de uma grande quantidade de medicamentos, conforme mencionado na dosimetria, representa fundamento idôneo a merecer uma maior reprovabilidade.

Por outro lado, com relação às consequências do crime, o juiz singular fundamentou: *"haja vista que, além de alguns medicamentos por ele comercializados produzirem diversos efeitos prejudiciais à saúde, foram verificadas efetivamente as referidas reações adversas em Pedro Eduardo Peralta Rossafa Pegado."* (sic.).

Neste ponto, a vetorial deve ser neutralizada *ex officio*.

O fundamento externado pelo d. Magistrado, *data maxima venia*, representa consequências naturais/inerentes ao tipo, não trazendo um "plus" necessário à negativação deste vetor na pena-base, mormente porque, assim como a substância entorpecente, a ingestão de medicamentos dispostos na Portaria 344/98 da ANVISA, trará efeitos maléficos à saúde dos usuários, já que, se assim não fosse, sequer seriam reprimidos pelo Direito Penal.

Na lição de Ricardo Augusto Schmitt[2], o que se deve analisar sobre as consequências delitivas *"é o alarme social do fato, a sua maior ou menor repercussão e os seus efeitos"*; e complementa que *"a valoração das consequências do crime exigirá a comprovação de um plus que deriva do ato ilícito praticado pelo agente."*

Nesse exato sentido, cito:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – (...) MODULADORAS DA PERSONALIDADE, DOS MOTIVOS E DAS* ***CONSEQUÊNCIAS*** *DO CRIME* ***INDEVIDAMENTE SOPESADAS*** *(...)* ***3. Inexistindo a ocorrência de dano que exceda os***

2 **Sentença penal condenatória**. 2017. p. 170

***normais ao próprio tipo penal, revela-se incabível a valoração negativa das consequências do crime**. (...).”* (TJMS. Apelação n. 0034155-65.2013.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 30/01/2019, p: 04/02/2019). Grifei.

*“EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – TRAFICO DE DROGAS – FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO – CONDENAÇÃO DOS AGENTES DEVIDA – CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – (...). **Não havendo apontamento de qualquer situação concreta que justifique a valoração negativa da conduta e personalidade dos acusados, e dos motivos e consequências do delito, deverão tais moduladoras ser tidas como neutras**. (...).”* (TJMS. Apelação n. 0047365-47.2017.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator: Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 27/01/2019, p: 29/01/2019 – grifei)

Por tais motivos, afasto a valoração negativa desse vetor e, consequentemente, havendo apenas uma moduladora capaz de macular a pena inicial, guiada pelo critério da pena média, redimensiono a reprimenda para 6 anos e 3 meses de reclusão.

Não há agravantes ou atenuantes a refletirem no computo da reprimenda na segunda fase da dosimetria.

Por fim, na terceira fase da dosimetria, o apelante pugna pela substituição da pena corporal por restritivas de direito, o que somente seria possível em razão do eventual reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

No entanto, filio-me à corrente majoritária do C. Superior Tribunal de Justiça que entende por inaplicável a presente redução de pena ao crime previsto no art. 273 do Código Penal.

Nesse sentido, cito o aresto:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – **CRIME DO ART 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL – APLICAÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06** – CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – PRECEDENTES – AGRAVO IMPROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, não é cabível, por ausência de previsão legal, a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 aos crimes previstos no art. 273, § 1º-B, do CP, mesmo nas hipóteses em que se tenha utilizado o preceito secundário do crime de tráfico de drogas. 2. Agravo regimental improvido.”* (STJ; AgRg-REsp 1.812.229; Proc. 2019/0131032-6; MG; Sexta Turma; Rel. Min. Nefi Cordeiro; Julg. 18/02/2020; DJE 27/02/2020). (G.n.)

Desta forma, à míngua de outros fatores que possam refletir no seu *quantum*, a pena fica definitivamente estabelecida em 6 anos e 3 meses de reclusão.

Por derradeiro, no que concerne à pena de multa, entendo que, como se trata de recurso exclusivo da defesa, a eventual fixação da pena de multa seguindo os critérios da Lei 11.343/2006, refletirá em inegável *reformatio in pejus*, mormente porque a discussão restou baseada tão somente com relação à pena corporal[3].

Assim, utilizando-me dos mesmos critérios referentes à pena corporal, redimensiono a pena de multa para 18 dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Outrossim, no que tange ao regime prisional, abrando-o para o semiaberto, na forma do que preconiza o art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal, deixando de substituir a pena corporal ou de lhe conceder o *sursis* (art. 44 e 77 do Código Penal).

3 Neste ponto, merece destaque que a citada combinação de leis é admitida pela própria Suprema Corte: Agravo regimental no recurso extraordinário. 2. Alegação de inconstitucionalidade do artigo 273, § 1º-B, do Código Penal. Tese infundada. 3. As penas cominadas ao delito do artigo 273, § 1º-B, do Código Penal devem ser substituídas por aquelas previstas no artigo 33 da Lei de Drogas, mantida a constitucionalidade do preceito primário daquele tipo. 4. Agravo desprovido. (RE 1105421 AgR, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 08/02/2019, Acórdão Eletrônico DJe-036 Divulg 21-02-2019 Public 22-02-2019)

Mantenho, no mais, os demais termos da sentença objurgada.

Por derradeiro, no que tange aos prequestionamentos aventados, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais, em razão de ter sido amplamente debatida nos autos[4].

Ante o exposto, com o parecer, dou parcial provimento ao recurso interposto por Danilo Ramos Cardoso para, em observância à decisão proferida pelo C. Órgão Especial deste Tribunal (f. 252-262), aplicar as sanções previstas na Lei 11.343/2006, atribuindo-lhe a pena de 6 anos e 3 meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto e ao pagamento de 18 dias-multa, mantendo-se os demais termos da sentença objurgada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Relatora, a Exma. Sra. Desª Elizabete Anache.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª Elizabete Anache, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 25 de maio de 2020.

***

4 A propósito, cito decisão dessa e. Câmara: "*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.*" (Apelação nº 0008780- 91.2015.8.12.0001, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro)

1ª Câmara Criminal
Relatora Desª Elizabete Anache
Apelação Criminal nº 0011208-41.2018.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – CRIME MILITAR – ART. 326 DO CÓDIGO PENAL MILITAR – VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL – FORNECIMENTO A TERCEIRO DE SENHA PESSOAL DE ACESSO A SISTEMA INTEGRADO DE GESTÃO OPERACIONAL (SIGO) – PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR – CONDENAÇÃO MANTIDA – AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DISPOSTA NO ART. 70, II, "L", DO CPM – FALTA DE COMPROVAÇÃO QUANTO A TAL CONDIÇÃO – REDUÇÃO DA PENA – NÃO INCIDÊNCIA DA ATENUANTE 72, II, DO CPM – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não há que se falar em absolvição do apelante, uma vez que restou comprovado que ele, na condição de Policial Militar, forneceu a senha pessoal do Sistema Integrado de Gestão Operacional (SIGO) a terceiro e, assim agindo, facilitou a revelação de documento ou fato que deva permanecer em sigilo, incorrendo, portanto, na figura prevista no art. 326 do Código Penal Militar. É evidente o prejuízo à Administração Pública, diante do fornecimento de informações sigilosas, privadas, em hipótese alheias ao serviço militar, no interesse particular de pessoa da sua confiança.

Ausentes provas sobre o fato de o apelante estar ou não de serviço no cometimento do delito, é de rigor que seja afastada a agravante do art. 70, II, alínea "l", do Código Penal Militar, redimensionando a pena privativa de liberdade imposta na proporção do afastamento da agravante.

Para se beneficiar da atenuante de comportamento meritório na dosimetria da pena, é necessário que o acusado tenha realizado condutas excepcionais não obrigatórias ou com risco de vida, não sendo suficientes, para a sua caracterização, as meras referências elogiosas por participação em atividades rotineiras.

Com o parecer, recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 1º de junho de 2020.

Desª Elizabete Anache - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª Elizabete Anache.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto por Emerson José Ajonas, contra a sentença do Conselho Permanente de Justiça (f. 275-280) que o condenou pela prática do delito previsto no art. 326 (violação de sigilo funcional) c/c a agravante do art. 70, II, "l" (estando em serviço), do Código Penal Militar, à pena de 7 meses e 15 dias de detenção, em regime inicial aberto, operando-se a suspensão condicional da pena pelo prazo de 2 anos.

Nas razões recursais (f. 295-307), o apelante pugnou por sua absolvição, com fulcro no art. 439, alínea "b", do Código de Processo Penal Militar, sob o fundamento de que a conduta praticada não causou prejuízo para a administração militar, nem foi dolosa, pois o acesso ao sistema (SIGO) foi feito por terceiro durante operações em conjunto; ainda, relatou que as informações constantes em boletins de ocorrência são públicas, não se tratando de informação sigilosa.

Subsidiariamente, pediu o afastamento da agravante do art. 70, II, "l" do CPM, sob a alegação de não haver provas de que o apelante estava de serviço na data dos fatos; por fim, requereu o reconhecimento da atenuante do art. 72, II, do CPM, em razão do comportamento meritório do apelante.

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões pelo parcial provimento do recurso, apenas para o afastamento da agravante (f. 316-321), sendo no mesmo sentido o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 331-345).

VOTO

A Sra. Desª Elizabete Anache. (Relatora)

Emerson José Ajonas foi condenado pelo Conselho Permanente de Justiça, pela prática do delito previsto no art. 326 (violação de sigilo funcional) c/c a agravante do art. 70, II, "l" (estando em serviço), do Código Penal Militar, à pena de 7 meses e 15 dias de detenção, em regime inicial aberto, operando-se a suspensão condicional da pena pelo prazo de 2 anos (f. 275-280).

Consoante narra a denúncia, os fatos que levaram à condenação do apelante são os seguintes:

> *"(...) no ano de 2016, o denunciado CB QPPM Emerson José Ajonas, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, revelou, estando de serviço, fato que tinha ciência em razão do cargo e que devia permanecer em segredo (dados de acesso ao SIGO), agindo em prejuízo da administração militar (CPM, art. 326 c/c art. 70, II, 'l').*
>
> *Consta do caderno investigatório que, em documento datado de 27 de março de 2017, o Guarda Municipal Henrique Cezar Barbosa encaminhou ofício ao Superintendente de Inteligência de Segurança Pública do Estado de Mato Grosso do Sul (f. 14), solicitando informações acerca de documentos sobre a sua pessoa, de caráter sigiloso, extraídos do Sistema Integrado de Gestão Operacional (SIGO), que foram utilizados para respaldar denúncia anônima contra ele na Ouvidoria do Ente Municipal.*
>
> *Em atenção ao pleito, a Superintendência de Inteligência de Segurança Pública do Estado de Mato Grosso do Sul determinou abertura de procedimento para apurar o caso, concluindo, a final, que as consultas ao nome do Sr. Henrique Cezar Barbosa foram realizadas no SIGO pelo cadastro do denunciado Cb Emerson, conforme declaração do Delegado de Polícia Civil Edesio Rafael da Silva à f. 35.*
>
> *Ocorre que, ao ser interrogado no IPM sobre esses fatos, o denunciado Cb Emerson alegou que sequer conhece o Sr. Henrique, contudo na mesma oportunidade relatou que 'por vários anos prestou serviço na antiga Rodoviária e que naquele local, funcionava uma base comum à Guarda Municipal de Campo Grande, e que devido ao fluxo de consultas no Sistema SIGO, para identificação e localização de elementos com Mandados de Prisão (...) acabou compartilhando sua senha pessoal do SIGO com o Guarda Municipal Anderson Gonzaga Da Silva Assis, que atualmente é Comandante da Guarda Civil Municipal'. (f. 70-71).*
>
> *Inquirido no IPM, o Guarda Municipal Anderson Gonzaga da Silva Assis confirmou que o denunciado Cb Emerson lhe forneceu os dados do cadastro SIGO, bem como que utilizava do sistema para efetuar as checagens dos indivíduos e veículos suspeitos que eram abordados por sua equipe (f. 85-86).*

Assim, ao fornecer as informações de seu cadastro de acesso ao SIGO a pessoa não autorizada, o denunciado Cb Emerson adotou conduta que se amolda com perfeição ao tipo penal do artigo 326, do CPM, porquanto, assim agindo, revelou fato sigiloso de que tinha ciência em razão do cargo, causando prejuízo à Administração Militar."

Irresignado com o teor da sentença condenatória, o apelante interpôs recurso de apelação (f. 295-307), no qual pugnou por sua absolvição, com fulcro no art. 439, alínea "b", do Código de Processo Penal Militar, sob o fundamento de que a conduta praticada não causou prejuízo para a administração militar, nem foi dolosa, pois o acesso ao sistema (SIGO) foi feito por terceiro durante operações em conjunto; ainda, relatou que as informações constantes em boletins de ocorrência são públicas, não se tratando de informação sigilosa.

Subsidiariamente, pediu o afastamento da agravante do art. 70, II, "l" do CPM, sob a alegação de não haver provas de que o apelante estava de serviço na data dos fatos; por fim, requereu o reconhecimento da atenuante do art. 72, II, do CPM, em razão do comportamento meritório do apelante.

Passo à análise dos pedidos recursais.

Do pedido de absolvição:

Em síntese, a acusação é que o Policial Militar Emerson José Ajonas teria fornecido sua senha pessoal do Sistema Integrado de Gestão Operacional - SIGO a terceiro (o Guarda Municipal Anderson Gonzaga da Silva Assis).

As investigações se iniciaram porque o Guarda Municipal Henrique Cezar Barbosa encaminhou ofício à Superintendência de Inteligência de Segurança Pública Estadual, solicitando informações acerca de checagens feitas em seu desfavor no sistema SIGO, datadas de 13 de março de 2017, requerendo a identificação do responsável pela consulta de seus dados, pois estes foram utilizados para respaldar denúncia perante a Ouvidoria da Guarda Civil.

Pois bem.

No que tange à materialidade delitiva, esta se consubstancia pelo ofício de f. 37 e documento de f. 52, nas quais constam as consultas ao nome de Henrique Cezar, realizadas por meio do cadastro do apelante no SIGO, no dia 13 de março de 2017.

Quanto à autoria, faz-se necessário analisar as provas produzidas nos autos.

É certo que, em juízo (audiência de f. 231), o apelante Emerson José Ajonas relatou que nunca forneceu sua senha para terceiros acessarem o SIGO. Relatou que não fez buscas no nome da pessoa denunciada na Ouvidoria (GCM Henrique), mas, depois, soube por colegas que seu acesso teria sido utilizado por terceiro (GCM Anderson Gonzaga) para fazer um dossiê.

Narrou que, quando trabalhava na antiga rodoviária, havia necessidade de fazer "checagem" de várias pessoas abordadas, pois se tratava de "área crítica". Portanto, para agilizar o procedimento de abordagens, mantinha um computador com o SIGO acessado (onde outro agente poderia checar os dados), e, ao lado, usava um notebook que era cadastrado no INFOSEG.

Tal versão é parcialmente corroborada pelo Guarda Municipal Anderson Gonzaga, ouvido como testemunha (audiência de f. 203), relatando que "era comum" o compartilhamento de senha da Polícia Militar com a Guarda Municipal, até que foi firmado um convênio em 2018, a partir de quando essa corporação passou a ter acesso ao SIGO. Conforme narrou a testemunha, havia trabalho "em conjunto" entre Policiais e Guardas, sendo que o apelante, "na hora da operação", acessava o SIGO e deixava o sistema "aberto", e os demais agentes, "todos juntos", faziam a checagem.

No entanto, verifico que a tese inovadora sustentada em juízo é fragilizada por outros elementos, inclusive pelo que relataram ambos, o apelante e a testemunha, no inquérito policial militar.

Aqui, friso que o Guarda Municipal Anderson Gonzaga, em juízo (audiência de f. 203), confirmou as declarações extrajudicialmente prestadas, ocasião em que havia relatado que *"quando estava na base centro da GCM, trabalhava juntamente com Ajonas; que devido as diversas operações conjuntas Ajonas compartilhou com o declarante sua senha do SIGO; que enquanto estava no serviço operacional da GCM o declarante utilizava a senha para checar indivíduos e veículos suspeitos que eram abordados por sua equipe (f. 89)."*

Por sua vez, o apelante, em depoimento prestado durante a fase investigativa, havia narrado que *"por vários anos prestou serviço na antiga Rodoviária e que naquele local, funcionava uma base comum à Guarda Municipal de Campo Grande, e que devido ao fluxo de consultas no Sistema SIGO, para identificação e localização de elementos com Mandados de Prisão, o declarante acabou compartilhando sua senha pessoal do SIGO com o Guarda Civil Municipal Anderson Gonzaga da Silva Assis, que atualmente é Comandante da Guarda Civil Municipal; que é Anderson amigo de infância do declarante; (...) que o declarante relata que nunca realizou qualquer consulta em desfavor de Henrique, porém soube que Anderson a fez (f. 74-75)."*

Ademais, na fase de inquérito policial militar, o Guarda Municipal Henrique Cezar Barbosa Lima havia relatado sobre o procedimento contra si instaurado, narrando que, em decorrência disso, foi realizada auditoria dos dados extraídos do SIGO e, então, foi possível *"identificar que seu nome foi consultado no SIGO mediante a senha pessoal do Cb PM Emerson José Ajonas; (...) o declarante afirma que soube que o Cb PM Ajonas não realizou consulta em desfavor do declarante, mas que Ajonas teria emprestado sua senha pessoal do Sistema SIGO a uma terceira pessoa, conhecida por Gonzaga (...) (f. 70-71)."*

E, em juízo, a testemunha Henrique Cezar (audiência de f. 203) confirmou o teor das declarações extrajudiciais, esclarecendo que fez uma "auditoria" junto ao SIGO da documentação "dossiê" que foi entregue na Prefeitura em seu desfavor e, então, foi possível identificar que o apelante haveria feito as consultas.

Com essas provas produzidas em juízo, considerando que o recorrente negou peremptoriamente já ter realizado, pessoalmente, consultas quanto a Henrique Cezar, é de se concluir que Emerson forneceu sua senha de acesso a outra pessoa, que o fez.

Também cabe mencionar o relato da testemunha Atanaídes Cristaldo (audiência de f. 231), que trabalha na Central de Passagens da Rodoviária. Embora tenha narrado que só o Policial Militar "abria" o sistema e pedia apoio da Guarda Municipal, disse que ambos (PM e GCM) faziam checagens em dois computadores: "*eles usavam o nosso porque não tinha posto mais."*

Ademais, o Guarda Municipal Fabiano Luiz de Oliveira (audiência de f. 231) disse que era comum o trabalho de cooperação entre Policiais Militares e Guardas Municipais, pois estes não tinham acesso ao SIGO. Em seu relato, indicou que *"a gente usava a senha dele com ele ali para checar todo o pessoal."*

Como se vê do que foi produzido dos autos, a despeito da alegação do apelante, é evidente o prejuízo à Administração Pública, diante do fornecimento de informações sigilosas, privadas, em hipótese alheias ao serviço militar, no interesse particular de pessoa da sua confiança - pois afirmou extrajudicialmente ser amigo de infância de Anderson Gonzaga -, que elaborou "denúncia anônima" contra terceiro (Henrique Cezar) na Ouvidoria da Guarda Civil Municipal.

No momento em que o apelante, ao disponibilizar senha de acesso a outra pessoa, autorizou-a a vasculhar o sistema de consultas e, portanto, violou sigilo funcional.

O art. 6º, § 1º, da Resolução n. 601/2012 da Secretaria de Justiça e Segurança Pública de Mato Grosso do Sul, que normatiza o acesso das instituições e órgãos públicos às informações constantes do banco de dados do SIGO, dispõe:

> *"Art. 6º Serão adotadas entre os signatários do TCT, medidas de segurança orgânicas obrigatórias e de proteção, visando preservar o sigilo das informações e a proteção do sistema contra devassamento indesejável, sem prejuízo de outras eventualmente constantes no TCT.*

§ 1º Medidas de segurança orgânicas obrigatórias:

a) sigilo do login e da senha individual."

Logo se vê que não é livremente permitido o ingresso em sistema público de informações, privativo de órgãos de segurança, desvirtuando o seu objetivo, razão pela qual entendo que o fornecimento da senha de acesso a terceiros constitui meio de se possibilitar a consulta geral ao sistema de segurança, o que efetivamente ocorreu.

Vale dizer que, se ao réu era permitido acessar o sistema por ser Policial Militar, ao transferir tal possibilidade a outrem, estranho aos quadros da Corporação Militar, permitiu a revelação de fatos constantes de arquivos sigilosos, que disponibilizam informações sobre cidadãos, seja em cadastro civil (cédula de identidade, cadastro de pessoa física, estado civil, filiação, residência), seja em cadastro criminal (registros policiais, antecedentes criminais, visitantes de detentos e informações, inclusive com fotografias), além da existência de veículos e armas registrados no nome do consultado, entre outros dados.

É de se concluir claramente que os dados armazenados no SIGO constituem informações privadas sobre os cidadãos, que servem ao interesse público, merecendo proteção estatal e sigilo, e justamente em todos esses elementos reside o prejuízo à Administração Militar.

Como bem ponderou o Conselho Permanente de Justiça, *"os delitos que causam esse prejuízo [a administração], dentre eles o do caso vertente, atingem diretamente a organização, finalidade e a própria existência da instituição castrense, e de forma reflexa causa prejuízo à moral da administração. Assim, são delitos que ferem o princípio da moralidade administrativa que pauta a conduta do militar, não necessariamente devendo causar algum dano concreto à Administração Militar (f. 278)."*

Pelo que se expôs, não prospera a tese de que a conduta não foi dolosa, pois, primeiro, não houve qualquer negligência, imprudência ou imperícia no agir do apelante, e, segundo, porque a prova dos autos não leva à conclusão de que o acesso ao SIGO teria sido feito durante operações em conjunto, mas sim que o agente, ciente da ilicitude e reprovabilidade, forneceu sua senha do sistema a pessoa com quem tinha relação de amizade.

Ademais, deve ser rejeitada a alegação de que informações constantes em boletins de ocorrência são públicas, pois, como visto acima, a ferramenta SIGO fornece diversos outros dados de cadastros civis e criminais de todo o Estado de Mato Grosso do Sul, além da existência de veículos e armas registrados no nome do consultado.

Corretamente pontuou a Procuradoria-Geral de Justiça: *"salienta-se também que se tal sistema se trata de informações simples, disponíveis e integralmente públicas, qualquer um deveria poder acessá-las, como um banco de dados, contudo, não é o caso, pois além do login e senha individuais necessários, também se precisa do convênio com a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública SEJUSP-MS, que, após, providenciará os respectivos logins e senhas a quem for cabível."*

Em conclusão, não há que se falar em absolvição, uma vez que restou comprovado que o Policial Militar Emerson José Ajonas forneceu a senha pessoal do SIGO a terceiro e, assim agindo, facilitou a revelação de documento ou fato que deva permanecer em sigilo, incorrendo, portanto, na figura prevista no art. 326 do Código Penal Militar[1].

Do pedido de afastamento da agravante do art. 70, II, "l", do COM.

Nesse ponto, assiste razão ao recorrente, pois, de fato, não há provas de que o apelante estava de serviço na data dos fatos.

1 Violação de sigilo funcional
Art. 326. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo ou função e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação, em prejuízo da administração militar:
Pena - detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Isso porque, além de a denúncia ser genérica quanto ao dia em que teria se dado a conduta do agente, pois narra apenas que teria ocorrido *"no ano de 2016 (f. 1)"*, a sentença não faz qualquer menção expressa à agravante, limitando-se a aplicá-la.

Conforme ressaltado pela Procuradoria-Geral de Justiça, *"ante a ausência de provas que demonstrem se o apelante estava ou não de serviço no cometimento do delito, é de rigor que seja afastada a agravante do art. 70, II, alínea 'l', do Código Penal Militar, redimensionando a pena privativa de liberdade imposta na proporção do afastamento da agravante (f. 341)."*

Afasto, portanto, a incidência da agravante.

Do pedido de reconhecimento da atenuante do art. 72, II, do COM.

Por fim, a defesa do apelante, subsidiariamente, requer, seja aplicada a atenuante descrita no art. 72, II, do CPM *"ser meritório seu comportamento anterior."*

Como se sabe, a referida benesse só tem lugar quando efetivamente demonstrada no processo a prática de atos extraordinários ou heroicos na vida castrense pregressa do agente.

Na espécie, os documentos de f. 181-193 evidenciam, em favor do apelante, elogios individuais e coletivos, mas que não se mostram aptos a atrair a incidência da mencionada atenuante, pois "comportamento meritório" deve compreender condutas excepcionais não obrigatórias ou com risco de vida, aquelas que extrapolam o estrito cumprimento do dever legal de agir, tais como, operação de guerra, missão de paz, bem como atuação espontânea, quando houver ação pessoal com risco de vida, ultrapassando as obrigações normais no desempenho das funções, em socorro ou em apoio a semelhante ou à comunidade.

O Superior Tribunal Militar tem entendido que *"meras condecorações ou referências elogiosas por participação em atividades rotineiras da caserna não ensejam a atenuante pleiteada."* (STM - Embargos de Declaração n. 0000077-53.2012.7.08.0008. Relator: Ministro William de Oliveira Barros. Julgamento: 26/10/2017. Publicação: 10/11/2017).

E esse tem sido o entendimento deste Tribunal:

> *"(...) IV - Para se beneficiar da atenuante de comportamento meritório na dosimetria da pena, é necessário que o acusado tenha realizado condutas excepcionais não obrigatórias ou com risco de vida, não sendo suficientes, para a sua caracterização, as meras referências elogiosas por participação em atividades rotineiras da caserna."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0041104-37.2015.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator: Des. Luiz Cláudio Bonassini da Silva, j: 11/04/2019, p: 15/04/2019).

Não há que se falar, portanto, no reconhecimento da atenuante prevista no art. 72, inciso II, do Código Penal Militar.

Da nova dosimetria:

Na primeira fase da dosimetria, a pena-base ficou no mínimo legal.

Já na segunda fase, houve o afastamento da agravante prevista no art. 70, II, "l", do CPM, e não há atenuantes a serem consideradas.

À falta de causas de diminuição ou de aumento, torno a pena definitiva em 6 meses de detenção, em regime inicial aberto.

Mantenho a suspensão condicional da pena privativa de liberdade, conforme decidido na sentença (art. 84 do CPM), alterando-se unicamente o período, para que passe a constar *"durante os primeiros 6 meses da suspensão"* no item 1 das condições impostas (f. 279).

Outrossim, restam mantidos os demais termos da sentença.

Dos prequestionamentos:

Por fim, no que tange aos prequestionamentos aventados, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo dispensável a indicação pormenorizada das normas legais.

Dispositivo:

Ante o exposto, com o parecer, dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto por Emerson José Ajonas, somente para afastar a agravante do art. 70, II, "l", do CPM, reduzindo a pena definitiva do recorrente para 6 meses de detenção, com reflexo em condição do *sursis* penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Relatora, a Exma. Sra. Desª Elizabete Anache.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª Elizabete Anache, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 1º de junho de 2020.

***

1ª Câmara Criminal
Relator Des. Emerson Cafure
Apelação Criminal nº 0003803-78.2014.8.12.0005 – Aquidauana

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – ABSOLVIÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL – DESCABIMENTO – CONDENAÇÃO MANTIDA – SUBSTITUIÇÃO – REQUISITOS NÃO ATENDIDOS – RECURSO IMPROVIDO.

O crime do art. 14 da Lei n. 10.826/03 tutela a incolumidade pública e consuma-se independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo para a sociedade, pois caracteriza-se pela mera conduta e perigo abstrato, presumindo, assim, a ocorrência de dano em razão do porte do artefato nas condições descritas pela norma penal. O emprego dessa técnica legislativa não encerra eventual ofensa ao princípio constitucional da lesividade, tendo em vista que a *"tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, ambiente, saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias à efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional."* (STF; *HC* 106.163; RJ; Rel. Min. Gilmar Mendes; DJE 14/09/2012; Pág. 27).

Impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos se o réu ostenta a condição de reincidente específico.

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, negaram provimento ao recurso.

Campo Grande, 25 de maio de 2020.

Des. Emerson Cafure - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

Cristiano da Silva Vera interpõe o presente recurso de apelação em face da r sentença prolatada pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Aquidauana, que o condenou como incurso no art. 14 da Lei n. 10.826/03, à pena de 02 anos de reclusão em regime inicial semiaberto e 10 dias-multa.

Nas razões, aduz, em síntese, que o exame da tipologia penal denuncia a inconstitucionalidade do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, dada a violação ao princípio da lesividade, de modo que pugna pela absolvição. Subsidiariamente requer a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (f. 175-177).

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de improver o recurso defensivo (f. 198-205).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se igualmente pelo improvimento do apelo (f. 210-215).

VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

Cristiano da Silva Vera interpõe o presente recurso de apelação em face da r sentença prolatada pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Aquidauana, que o condenou como incurso no art. 14 da Lei n. 10.826/03, à pena de 02 anos de reclusão em regime inicial semiaberto e 10 dias-multa.

Nas razões, aduz, em síntese, que o exame da tipologia penal denuncia a inconstitucionalidade do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, dada a violação ao princípio da lesividade, de modo que pugna pela absolvição. Subsidiariamente requer a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (f. 175-177).

As contrarrazões ministeriais foram lançadas no sentido de improver o recurso defensivo (f. 198-205).

Com vistas, a Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se igualmente pelo improvimento do apelo (f. 210-215).

Passo ao exame do recurso.

O pleito absolutório não comporta acolhimento.

No caso dos autos, a denúncia dita que:

> *"Uma guarnição da polícia militar recebeu uma denúncia anônima, onde de acordo com a mesma, dois veículos, sendo uma caminhonete de cor preta e um carro de cor branca, que rebocava um barco, haviam passsado pelo local acima citado e efetuado disparos de arma de fogo. Infere-se que, ao se deslocarem até o lugar indicado, os agentes lograram êxito em localizar os veículos em questão, sendo que foi localizado no interior do automóvel marca/modelo VW Voyage, de cor branca e placas NSD 0156, conduzido pelo denunciado Cristiano e que tinha como passageiro a pessoa de Marcelo dos Santos Filho, arma de fogo do tipo Garrucha, marca Rossi, calibre 22, com numeração E28449 (f. 04-06)."*

A respeito desse fato, o próprio apelante confirmou em juízo que transportava sua "garrucha" no VW Voyage de placas NSD 0156 (f. 124-125), versão que coaduna com os depoimentos judiciais prestados pelos policias que atuaram no flagrante (f. 124-125 e 130-131).

Outrossim, o laudo de exame de instrumento do crime (f. 44-48) atesta a eficiência da arma de fogo para realização de disparos.

Nesse prospecto, as provas produzidas nos autos são intangíveis acerca da materialidade e autoria delitivas, tanto é que sequer foram impugnadas nas razões deste recurso de apelação.

Em verdade, a d. Defesa sustenta que o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido viola ao princípio da lesividade, porquanto criminaliza conduta que não acarreta em qualquer prejuízo concreto, daí porque almeja a absolvição.

Sem razão, entrementes.

Como é cediço, o delito em questão é de mera conduta e perigo abstrato, espécie na qual um comportamento de alta potencialidade lesiva para a sociedade acaba por ser criminalmente reprovado de forma antecipada, ou seja, independentemente da ocorrência de prejuízo concreto.

Ora, a tutela do interesse social e a missão de garantir tanto o bem-estar como a segurança coletiva cabem ao Estado, que dessa forma deve regular e disciplinar determinadas conduta dos cidadãos, a fim de assegurar o livre exercício dos direitos sociais e individuais, contexto no qual inserem-se os tipos penais contemplados pela Lei n. 10.826/03.

Veja que o crime de porte ilegal de arma de fogo, munições ou acessórios de uso permitido visa justamente proteger a incolumidade pública, presumindo a ocorrência de dano em razão do porte do artefato nas condições descritas pela norma penal.

Nada há, portanto, de inconstitucional no ato legislativo que prescreve punição ao cidadão comum que se arma em contrariedade às formalidades legais, conforme, inclusive, já se pronunciou o e. Supremo Tribunal Federal:

> *"HABEAS CORPUS – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA – (A) TIPICIDADE DA CONDUTA – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS – MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL – CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA – ORDEM DENEGADA – 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. Mandatos constitucionais de criminalização: a Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, xli, xlii, xliii, xliv; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas, é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam, não apenas uma proibição do excesso (übermassverbote), como também podem ser traduzidos em proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das Leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de Leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: A) controle de evidência (evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen kontrolle). O tribunal deve sempre levar em conta que a constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela constituição - O que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (untermassverbot) -, deverá o tribunal exercer rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de Leis penais transgressoras de princípios constitucionais. 2. Crimes de perigo abstrato. Porte de arma. Princípio da proporcionalidade. A Lei nº 10.826/2003 (estatuto do desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a Lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, ambiente, saúde etc. Portanto, pode o legislador,*

dentro de suas amplas margens de avaliação e decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias à efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. 3. ***Legitimidade da criminalização do porte de arma. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, cf) e, indiretamente, vida, liberdade, integridade física e psíquica do indivíduo etc. há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. é que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa****. 4. Ordem denegada."* (STF; *HC* 106.163; RJ; Rel. Min. Gilmar Mendes; DJE 14/09/2012; Pág. 27) (g.n.)

Impende ainda ressaltar que toda e qualquer lei goza de presunção de constitucionalidade, de modo que a manifestação deste órgão fracionário acerca da matéria posta em debate não representa ofensa à cláusula de reserva de plenário, pois sua inobservância representa nulidade apenas na hipótese de declaração de inconstitucionalidade (Súmula Vinculante n. 10).

Logo, mantenho a condenação.

Requer o apelante, por fim, a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos.

Melhor sorte não lhe socorre.

Estando configurada a reincidência em crime doloso, a aplicação de penas alternativas somente se dará na hipótese da medida mostrar-se socialmente recomendável e desde que não se trate de reincidente específico (art. 44, par. 3º, do Código Penal).

No caso dos autos, observa-se que a anterior condenação definitiva deu-se justamente pela prática do delito de porte ilegal de arma de fogo permitdo, conforme f. 107.

Desse modo, a imposição de resposta penal de caráter demasiadamente brando não se mostra socialmente recomendável e nem suficiente, sobretudo porque, ao revés de contribuir para as finalidades da pena, certamente constituirá verdadeiro incentivo para a renitência criminosa.

Em casos similares, assim manifesta-se a jurisprudência:

"ESTELIONATO TENTADO – ABSOLVIÇÃO PRETENDIDA – IMPROCEDÊNCIA – MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS – FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA CONFIRMADOS PELA PROVA ORAL E DOCUMENTAL. CONDENAÇÃO DE RIGOR – PENAS ADEQUADAMENTE FIXADAS E BEM FUNDAMENTADAS – REGIME INICIAL FECHADO MANTIDO – RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO – INVIÁVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS – RECURSO DESPROVIDO." (TJSP; ACr 0023470-22.2015.8.26.0071; Ac. 13328923; Bauru; Quarta Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Roberto Porto; Julg. 18/02/2020; DJESP 26/02/2020; Pág. 3219)

"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRELIMINAR – NULIDADE DA SENTENÇA – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ – INOCORRÊNCIA – ABSOLVIÇÃO – DESCLASSIFICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – REDUÇÃO DA PENA-BASE – POSSIBILIDADE – RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO ART. 41 DA LEI Nº 11.343/06 – ABRANDAMENTO DO REGIME – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – INVIABILIDADE. Tratando-se de processo de réu preso e estando o juiz titular em gozo de férias, correta a conclusão dos autos ao juiz substituto, não havendo que se falar em violação ao princípio da Identidade física do juiz. Havendo comprovação da materialidade e da autoria do crime de

tráfico de drogas, não há como acolher o pleito de absolvição ou desclassificação do delito para o previsto no artigo 33, § 3º, da Lei nº 11.343/2006. Constatando-se equívoco na análise de uma das circunstâncias judiciais a pena-base deve ser reduzida. Não tendo o apelante colaborado voluntariamente com a investigação policial e com o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, não faz jus à minorante prevista no art. 41 da Lei nº 11.343/06. Deve ser mantido o regime fechado, nos termos do artigo 33, § 2º, b e § 3º, do Código Pena quando o réu é reincidente e a pena é superior a quatro anos. Constatado o óbice legal previsto no artigo 44, I, (pena superior a quatro anos e reincidente específico) do Código Penal, a pena privativa de liberdade não pode ser substituída por restritivas de direitos." (TJMG; APCR 0002229-17.2019.8.13.0878; Camanducaia; Terceira Câmara Criminal; Relª Desª Maria Luíza de Marilac; Julg. 11/02/2020; DJEMG 21/02/2020)

"PENAL – CONTRABANDO DE CIGARROS – ARTIGO 334 DO CÓDIGO PENAL NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 13.008/2014 – CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO – INSIGNIFICÂNCIA – DESENVOLVIMENTO ILEGAL DE TELECOMUNICAÇÕES – REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. 1. A internalização clandestina de milhares de maços de cigarro constitui contrabando, violando não apenas os interesses do erário, mas, sobretudo, o controle das importações em face de outros bens jurídicos tutelados, como a saúde pública. 2. A constituição definitiva do crédito tributário não é condição objetiva de punibilidade, seja para o crime de descaminho, seja para o de contrabando. 3. A insignificância penal no crime de contrabando de cigarros é aplicável nas hipóteses em que a quantidade não exceda a 500 (quinhentos) maços, e desde que não haja destinação comercial. Precedente da 4ª seção deste TRF da 4ª Região. 4. O delito do art. 70 da Lei nº 4.117/62 é formal, de perigo abstrato, cujo bem jurídico protegido é a segurança e o regular funcionamento do sistema de telecomunicações, não havendo necessidade de comprovação da utilização do aparelho da conduta para configurar a tipicidade de crime. 5. Por se tratar de réu reincidente específico, e com circunstâncias judiciais desfavoráveis, não é possivel a fixação do regime semiaberto para o início do cumprimento de pena, ou mesmo a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos." (TRF 4ª R.; ACR 5011590-50.2018.4.04.7002; PR; Oitava Turma; Rel. Des. Fed. Leandro Paulsen; Julg. 05/02/2020; Publ. PJe 14/02/2020)

Assim, incabível a substituição.

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, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Emerson Cafure, Desª Elizabete Anache e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 25 de maio de 2020.

***

1ª Câmara Criminal
Relator Des. Emerson Cafure
Apelação Criminal nº 0028200-77.2018.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DA DEFESA – DISPARO DE ARMA DE FOGO (ART. 15 DA LEI 10.826/03 – PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO – CRIME PRATICADO POR MILITAR DE FOLGA – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL – PRELIMINAR ACOLHIDA.

Em que pese a relativa ampliação da competência da Justiça Militar promovida pela Lei 13.491, de 13/10/2017, não é bastante que o crime tenha sido cometido por um militar, sendo imprescindível que a conduta se amolde a uma das hipóteses previstas no art. 9º do CPM.

Em se tratando de disparo de arma de fogo (art. 15 da Lei 10.826/03) cometido, em tese, por Cabo da ativa da Polícia Militar, fora do horário de serviço e sem farda, em local que não estava sob a Administração Militar, por razões estranhas à atividade militar, conclui-se que agiu na condição de civil, afastando-se a competência da justiça castrense.

O fato de a arma de fogo pertencer à Corporação é irrelevante, pois a alínea "f" do art. 9º do CPM foi revogada pela Lei 9.299, de 08/08/1996, sendo imprescindível a verificação de vínculo direto com o desempenho da atividade militar, o que não ocorreu nos autos.

Acolhida a preliminar de incompetência da Justiça Militar Estadual, contra 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, acolheram a preliminar e declararam a incompetência da Vara da Auditoria Militar Estadual.

Campo Grande, 25 de maio de 2020.

Des. Emerson Cafure - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

Trata-se de apelação criminal interposta por Amaury da Silva Souza em face da sentença (f. 205-210) pela qual o Juízo da Auditoria Militar da Comarca de Campo Grande/MS, nos autos da Ação Penal n. 0028200-77.2018.8.12.0001, julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia para condená-lo como incurso no art. 15 da Lei 10.826/03, à pena de 2 anos de reclusão, no regime inicial aberto, suspensa pelo prazo de 2 anos.

Em suas razões (f. 223-228), o réu pede, preliminarmente, o reconhecimento da incompetência da justiça militar estadual, argumentando que o crime teria sido cometido por militar em período de folga. No mais, requer a absolvição por ausência de provas suficientes para a condenação.

Em contrarrazões (f. 232-241), o Ministério Público Estadual requer o desprovimento do recurso.

Ao se manifestar em parecer (f. 251-259), a Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido.

VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de apelação criminal interposta por Amaury da Silva Souza em face da sentença (f. 205-210) pela qual o Juízo da Auditoria Militar da Comarca de Campo Grande/MS, nos autos da Ação Penal n. 0028200-77.2018.8.12.0001, julgou procedente a pretensão punitiva formulada na denúncia para condená-lo como incurso no art. 15 da Lei 10.826/03, à pena de 2 anos de reclusão, no regime inicial aberto, suspensa pelo prazo de 2 anos.

A conduta pela qual o réu foi condenado está assim narrada na denúncia (f. 1-3):

> *"(...) na madrugada do dia 03 de março de 2018, por volta das 04h30min, na avenida Marcelino Pires, centro, em Dourados/MS, o denunciado CB PM Amaury da Silva Souza, efetuou disparos de arma de fogo em via pública.*
>
> *Extrai-se dos autos que, o denunciado, ciente da reprovabilidade de sua conduta, na madrugada do dia 03 de março de 2018, após sair de uma casa noturna 'Maktube' em Dourados/MS, efetuou cerca de cinco disparos de arma de fogo em via pública.*
>
> *Segundo consta dos autos, no dia dos fatos, o denunciado Cb Amaury estava na boate 'Maktube', acompanhado por um amigo, onde conheceu as civis Roseli Nunes de Assis e Jenifer da Silva Nunes.*
>
> *Por volta das 04 hs da madrugada, o denunciado Cb Amaury ofereceu carona para Roseli e Jenifer, que aceitaram a oferta e entraram no veículo do militar.*
>
> *Ocorre que, durante o trajeto, Roseli e o denunciado Cb Amaury começaram a discutir, ocasião em que o denunciado jogou a arma de fogo que portava (de carga da corporação militar), no colo de Roseli, enquanto dizia que era policiai militar inclusive mostrando sua carteira funcional. Nesse momento, Roseli retirou o carregador do armamento e jogou para fora do veículo, forçando Amaury a parar o automotor e desembarcar para procurar o acessório de sua arma, ocasião em que as civis saíram do veículo e afastaram-se a pé do local.*
>
> *Ocorre que, após caminharem alguns metros, foram alcançadas pelo denunciado Cb Amaury que, de dentro do seu veículo, efetuou disparos com a arma de fogo para o alto."*

Em suas razões (f. 223-228), o réu pede, preliminarmente, o reconhecimento da incompetência da justiça militar estadual, argumentando que o crime teria sido cometido por militar em período de folga. No mais, requer a absolvição por ausência de provas suficientes para a condenação.

Em contrarrazões (f. 232-241), o Ministério Público Estadual requer o desprovimento do recurso.

Ao se manifestar em parecer (f. 251-259), a Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido.

É o que cumpria rememorar.

Passo à análise dos pedidos, segundo ordem de prejudicialidade.

Passo à análise dos pedidos, segundo ordem de prejudicialidade.

Quanto à incompetência do juízo de origem, é cediço que, nos termos do art. 125, § 4º, da CF, compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil.

Nesse sentido, o CPM define não apenas os crimes militares próprios, mas também os impróprios cuja competência para processamento e julgamento é da justiça castrense, consoante o art. 9º, *in verbis*:

"Crimes militares em tempo de paz

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata êste Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) por militar em situação de atividade ou assemelhado que, embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar ou qualquer material bélico, sob guarda, fiscalização ou administração militar, para a prática de ato ilegal;

f) revogada. (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquêle fim, ou em obediência a determinação legal superior."

Assim, os delitos militares próprios, referidos no inciso I do dispositivo legal, estão tipificados no CPM e somente podem ser praticados por militar, pois consistem na violação de deveres inerentes aos militares (como, por exemplo, deserção, abandono de posto, dormir em serviço etc.).

Já os militares impróprios, previstos nos incisos II e III, têm previsão no CPM, no CP e na legislação penal especial, e podem ser cometidos tanto por militares da ativa (inciso II) quanto por militares da reserva ou por civis contra militares da ativa, o patrimônio militar ou a ordem administrativa militar (inciso III).

É bem verdade que houve relativa ampliação da competência da Justiça Militar com a reforma promovida pela Lei 13.491, de 13/10/2017, todavia não é bastante o fato de um militar (da ativa, reservado ou reformado) ter cometido o crime, sendo imprescindível que a conduta se amolde a uma das hipóteses do art. 9º do CPM.

Aliás, outra não é a razão pela qual a Terceira Seção do c. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Conflito de Competência 162.399/MG, em 27/2/2019, publicado no DJe em 15/3/2019, sufragou o entendimento segundo o qual a conduta criminosa do militar da ativa, fora do lugar e horário de serviço, sem ter se valido do cargo para cometimento do delito, não caracteriza crime militar, afastando a aplicação do art. 9º, inc. II, alínea "a", do CPM.

Eis a ementa do relevante julgado:

> *"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – INQUÉRITO POLICIAL – JUSTIÇA MILITAR FEDERAL X JUSTIÇA COMUM ESTADUAL – MILITARES DO EXÉRCITO DA ATIVA, DE FOLGA E SEM FARDA QUE TERIAM DESACATADO E DESOBEDECIDO BOMBEIROS MILITARES EM OPERAÇÃO DE SOCORRO A POTENCIAL SUICIDA – CONDUTA POSTERIOR AO ADVENTO DA LEI 13.491, DE 13/10/2017 – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. 1. Situação em que, em resposta de chamada para salvar potencial suicida tentando se jogar de uma ponte, uma unidade do Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais se deparou, no local do salvamento, com outros dois indivíduos com hálito etílico que se identificaram como Sargentos do Exército, negando-se, entretanto, a apresentar sua identidade militar. Um deles, proferindo palavras de baixo calão, além de ter empurrado um dos Bombeiros, o teria xingado e depreciado o nome da instituição. Além disso, mesmo tendo sido orientados a aguardar a chegada da polícia para recolhê-los à prisão, ambos os investigados se evadiram. 2. O desacato e a desobediência podem configurar tanto crime militar próprio (arts. 299 e 301 do CPM) quanto crime militar impróprio (arts. 330 e 331 do Código Penal), a depender de se o militar que o praticou estava na ativa, no exercício de sua função e/ou agindo em razão dela. 3. Se, a despeito de os investigados serem militares da ativa, sua conduta teve lugar fora do horário de serviço, quando não envergavam farda e em momento algum se valeram de seu cargo para o cometimento dos delitos, é viável concluir que agiram como civis e que sua conduta não se enquadra na hipótese do art. 9º, II, 'a', do Código Penal Militar (crimes praticados por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado), única que, em tese, poderia se amoldar ao confronto entre militares da ativa. Afastada, assim, como consequência, a competência da Justiça Militar Federal que se firmaria em decorrência do fato de pertencerem os indiciados a organização militar federal (in casu, o Exército brasileiro). 4. Isso não obstante, mesmo que o militar, fora do horário de serviço, tenha agido como civil, se praticou delito contra outro militar da ativa no exercício de sua função, sua conduta pode ser enquadrada como delito militar impróprio, nos termos da alínea 'd' do inciso III do Código Penal Militar, que admite seja transferida para a Justiça Militar também os delitos previstos na lei penal comum praticados por civis, 'ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública (...)'. Em tal situação, se as 'vítimas' do desacato e da desobediência foram Bombeiros Militares, organização pertencente ao Estado de Minas Gerais, justifica-se a fixação a competência da Justiça Estadual para a condução das investigações. 5. Nos termos do artigo 125, § 4º, da Constituição Federal, a Justiça Militar Estadual é competente para processar e julgar os crimes militares praticados apenas pelos militares estaduais, restrição não encontrada no âmbito da Justiça Militar da União. Precedentes. Com efeito, a Justiça Militar Estadual é competente para julgar militares integrantes das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros, quando pratiquem crimes, na forma do art. 9º, do CPPM. Não possui competência para julgar civil. Sua competência é mais restrita. Interpretação da Lei Maior. 6. De acordo com o Enunciado n. 53 desta Corte Superior de Justiça, 'Compete à Justiça Comum estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais'. 7.Conflito conhecido, a fim de declarar competente para a condução do presente Inquérito Policial o Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Três Corações - MG, suscitado."* (CC 162.399/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julgado em 27/02/2019, DJe 15/03/2019).

No presente caso, segundo se infere da própria narrativa da denúncia, trata-se de disparo de arma de fogo (art. 15 da Lei 10.826/03) cometido, em tese, por Cabo da ativa da Polícia Militar, fora do horário de serviço e sem farda, em local que não estava sob a Administração Militar, por razões estranhas à atividade militar, permitindo a conclusão de que agiu na condição de civil, afastando a competência da justiça castrense.

Com efeito, de acordo com a própria denúncia, o réu teria, em 03/03/2018, na cidade de Dourados/MS, durante a madrugada, após sair de uma casa noturna conhecida como Maktube, dado carona a duas mulheres que conhecera no local, Roseli Nunes de Assis e Jenifer da Silva Nunes.

No caminho, após um desentendimento entre o réu e Roseli, esta teria se irritado e pedido para ir logo para casa, o que não foi atendido por aquele, o qual teria mostrado sua arma de fogo e passado a dar voltas pela cidade, impedindo-as de saírem de seu carro. Em certo momento, elas conseguirem sair do veículo, motivo pelo qual o réu então teria efetuado disparos de arma de fogo para amedrontá-las.

Conquanto o réu possa, em dado momento, ter dito que era policial militar, e, ainda, possa ter feito uso de uma arma de fogo da corporação, não se vislumbra quaisquer indícios de que estivesse no exercício de sua função ou que dela se prevalecido para, em tese, cometer o delito apurado nos autos.

Além disso, de fato, a alínea "f" do art. 9º do CPM considerava crime militar aquele praticado *"por militar em situação de atividade ou assemelhado que, embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar ou qualquer material bélico, sob guarda, fiscalização ou administração militar, para a prática de ato ilegal",* todavia tal dispositivo foi revogado pela Lei 9.299, de 08/08/1996. Assim, a partir da alteração legislativa, para a caracterização da tipificação castrense, a circunstância de arma de fogo ser da corporação, tornou-se irrelevante, sendo imprescindível a verificação de vínculo direto com o desempenho da atividade militar, o que não ocorreu nos autos.

A esse respeito, confira-se a jurisprudência sedimentada no c. Superior Tribunal de Justiça:

> *"HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – CRIME DE LATROCÍNIO – COMPETÊNCIA – JUSTIÇA COMUM ESTADUAL – CRIME DE LATROCÍNIO PRATICADO POR POLICIAL MILITAR, DE FOLGA, DURANTE O COMETIMENTO DE UM ROUBO A UMA AGÊNCIA BANCÁRIA, CULMINANDO COM A MORTE DE UM POLICIAL MILITAR, EM SERVIÇO, QUE FAZIA PATRULHAMENTO DO LOCAL – PRECEDENTES DO STJ. 1. O simples fato de o agente do delito ser policial militar não atrai a competência da justiça castrense, pois, como restou evidenciado na instância ordinária, estava fora do serviço. Nesse particular, encontram-se, portanto, ausentes os requisitos do art. 9.º, do Código Penal Militar. 2. A circunstância de ter o co-réu, policial militar, utilizado revólver de propriedade da corporação militar para matar a vítima e, assim, assegurar o sucesso do delito de roubo, tornou-se irrelevante em razão da vigência da Lei n.º 9.299/96, que revogou o disposto no art. 9.º, inc. II, alínea 'f', do Código Penal Militar. 3. Embora a vítima do crime de latrocínio tenha sido policial militar em serviço, não houve agressão às funções ou interesses da instituição militar, pois ele estava no local, para garantir a ordem pública, realizando patrulhamento ostensivo, função tipicamente de policial civil. Nesse contexto, incide sobre a espécie o enunciado da Súmula n.º 297, do Supremo Tribunal Federal. 4. Ordem denegada."* (*HC* 59.489/MG, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 22/08/2006, DJ 16/10/2006, p. 406)

Dessa forma, considerando que o delito de disparo de arma de fogo foi, em tese, praticado sem influência da condição de militar do réu, entendo que a competência para processar o feito é da Justiça Comum Estadual.

Ante o exposto, contra o parecer, acolho a preliminar de nulidade do processo, declarando a incompetência da Auditoria Militar da Comarca de Campo Grande para processar e julgar o feito, devendo o juízo *a quo* tomar as providências cabíveis para a remessa dos autos à Justiça Estadual comum.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acolheram a preliminar e declararam a incompetência da vara da auditoria militar estadual.

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, 25 de maio de 2020.

***

1ª Câmara Criminal
Relator Des. Emerson Cafure
Agravo de Execução Penal nº 0007148-66.2011.8.12.0002 – Dourados

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – CÁLCULO DE PENA – PROGRESSÃO DE REGIME – FRAÇÃO DE CUMPRIMENTO DA PENA – REEDUCANDO REINCIDENTE PELA PRÁTICA DE CRIME HEDIONDO OU A ELE EQUIPARADO – IRRELEVÂNCIA DA ESPÉCIE DO CRIME COMETIDO ANTERIORMENTE – MANTIDA A FRAÇÃO DE 3/5 (60%) – INC. VII DO ART. 112 DA LEP, INCLUÍDO PELA LEI 13.964/2019 – RECURSO DESPROVIDO.

Uma vez realizada a unificação de penas nos termos do art. 111 da LEP e caracterizada a condição pessoal de reincidente pela prática de crime hediondo ou a ele equiparado, a influir na totalidade das penas somadas, aplica-se a fração de 3/5 (60%) para a progressão ao regime tratada no inciso VII do art. 112 da LEP, incluído pela Lei 13.964/2019, sendo irrelevante tratar-se ou não de uma reincidência específica.

Recurso desprovido, com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Campo Grande, 1º de junho de 2020.

Des. Emerson Cafure - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Emerson Cafure.

Trata-se de agravo em execução penal interposto por Willian Barros Gobetti (f. 533) em face da decisão (f. 530-532) pela qual o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Dourados/MS, nos autos da Execução Penal n. 0007148-66.2011.8.12.0002, rejeitou a impugnação ao último relatório da situação processual executória e manteve a fração de 3/5 (60%) para a progressão ao regime semiaberto.

O agravante pleiteia a reforma da decisão recorrida, a fim de que seja adotada a fração de 2/5 (40%) para a progressão de regime semiaberto. Para tanto, aduz, em breve síntese, que a exigência de lapso temporal correspondente a 3/5 (60%), após a alteração provida pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) no art. 112, inc. VII, da LEP, somente se aplica ao reincidente específico em crime hediondo ou a ele equiparado, condição na qual não se enquadra (f. 534-539).

O representante de Ministério Público Estadual no Primeiro Grau apresentou contrarrazões pelo desprovimento do recurso (f. 543-558).

A decisão recorrida foi mantida por seus próprios fundamentos (f. 541).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, opinou pelo desprovimento do recurso (f. 567-572).

VOTO

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Relator)

Conforme relatado, trata-se de agravo em execução penal interposto por Willian Barros Gobetti (f. 533) em face da decisão (f. 530-532) pela qual o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Dourados/MS, nos autos da Execução Penal n. 0007148-66.2011.8.12.0002, rejeitou a impugnação ao último relatório da situação processual executória e manteve a fração de 3/5 (60%) para a progressão ao regime semiaberto.

O agravante pleiteia a reforma da decisão recorrida, a fim de que seja adotada a fração de 2/5 (40%) para a progressão ao regime semiaberto. Para tanto, aduz, em breve síntese, que a exigência de lapso temporal correspondente a 3/5 (60%), após a alteração provida pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) no art. 112, inc. VII, da LEP, somente se aplica ao reincidente específico em crime hediondo ou a ele equiparado, condição na qual não se enquadra (f. 534-539).

O representante de Ministério Público Estadual no Primeiro Grau apresentou contrarrazões pelo desprovimento do recurso (f. 543-558).

A decisão recorrida foi mantida por seus próprios fundamentos (f. 541).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer, opinou pelo desprovimento do recurso (f. 567-572).

É que cumpria rememorar.

Passo à análise da pretensão recursal.

Registre-se, de início, que, segundo o relatório da situação processual executória objeto da controvérsia, elaborado em 23/11/2019 (f. 507-511), campo "situação processual" (f. 508), o agravante Willian Barros Gobetti foi condenado, por sentenças já transitadas em julgado, em razão da prática dos seguintes delitos, em ordem cronológica de ocorrência:

Tráfico de drogas eventual (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06), fato em 28/04/2010, crime comum, trânsito em julgado em 04/07/2011, pena de reclusão de 4 anos e 2 meses;

Tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06), fato em 05/03/2013, crime hediondo, trânsito em julgado em 23/05/2019, pena de reclusão de 6 anos, 7 meses e 9 dias; e

Homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incs. I e IV, do CP), fato em 13/12/2014, crime hediondo, trânsito em julgado em 05/07/2018, pena de reclusão de 15 anos.

Com base no campo *"cálculos da situação executória (f. 507)"*, verifica-se que a pena total imposta foi de 25 anos, 9 meses e 9 dias de reclusão, já tendo ele, desde a última data-base, 13/12/2014 (data do último crime), cumprido 9 anos, 11 meses e 6 dias, restando a cumprir, portanto, a pena de 15 anos, 10 meses e 3 dias.

De outro lado, a teor do campo *"progressão de regime: semiaberto"*, observa-se que, considerada a última data-base (12/12/2014) e a fração de 3/5 em relação às penas ora em execução, ele atingirá o requisito objetivo da progressão ao regime semiaberto em 18/09/2026.

Ora, no que toca à fração da progressão de regime, dispõe o art. 112 da LEP, com as alterações promovidas pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), em vigor desde 24/01/2020, *in verbis:*

> *"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: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*
>
> *I - 16% (dezesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).”

No caso, verificado que o agravante ostenta três condenações, sendo a primeira referente a um crime comum (tráfico de drogas eventual), a penúltima relativa a um delito hediondo (homicídio qualificado) e a última atinente a um crime equiparado a hediondo (tráfico de drogas), e feita a unificação das penas, fica caracterizada a sua condição pessoal de reincidente pela prática de crime hediondo ou equiparado, a influir na totalidade das penas somadas e, por conseguinte, a atrair a aplicação da fração de 3/5 (60%) prevista no inciso VII do dispositivo legal citado.

Ao contrário do pretendido pelo agravante, é impossível a consideração isolada de cada condenação, por ordem de trânsito em julgado, a fim de se estabelecer o momento de caracterização e a espécie de reincidência para, somente então, fixar as frações para a progressão de regime, que acabariam sendo diferentes para cada uma das penas.

Nesse sentido, confira-se a jurisprudência pacífica do c. STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL – UNIFICAÇÃO DE PENAS – REINCIDÊNCIA – INCIDÊNCIA SOBRE A TOTALIDADE DAS PENAS – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – RECONHECIMENTO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO – POSSIBILIDADE – QUESTÃO PACIFICADA NO JULGAMENTO DO ERESP N. 1.738.968/MG. 1. ***Segundo o reiterado entendimento desta Corte, a reincidência é circunstância pessoal que interfere na execução como um todo. Sendo assim, a condição de reincidente, uma vez adquirida pelo sentenciado, estende-se sobre a totalidade das penas somadas, não se justificando a consideração isolada de cada condenação e tampouco a aplicação de percentuais diferentes para cada uma das reprimendas*** *(HC n. 307.180/RS, Ministro Felix Fisher, Quinta Turma, DJe 13/5/2015). 2.* ***Em sessão realizada em 27/11/2019, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que a intangibilidade da sentença penal condenatória transitada em julgado não retira***

do Juízo das Execuções Penais o dever de adequar o cumprimento da sanção penal às condições pessoais do réu *(EREsp n. 1.738.968/MG, Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 17/12/2019). 3. Agravo regimental improvido."* (AgRg no *HC* 506.275/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 04/02/2020, DJe 12/02/2020) – grifo nosso.

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – EXECUÇÃO – UNIFICAÇÃO – RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA SOBRE A TOTALIDADE DAS PENAS – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal é firme em assinalar que a reincidência é circunstância de caráter pessoal que pode ser reconhecida na fase da execução penal e estende-se sobre a totalidade das penas somadas para efeito de cálculo dos benefícios. 2. ***Certamente, não cabe ao Juízo da Execução rever a sentença a cumprir, sob pena de violar a coisa julgada. Contudo, quando houver registro de condenação definitiva por mais de um crime, em processos distintos, é de sua competência, no momento da aplicação do art. 111 da LEP, com fins exclusivos de examinar benefícios do sistema progressivo, averiguar a natureza dos delitos (comum, hediondo ou outros a ele equiparados) e a circunstância pessoal do reeducando (primariedade ou reincidência), dados que interferem, tão somente, na individualização da execução penal. 3. Como o agravado registra pluralidade de condenações, a condição de reincidente passou a reger a execução como um todo.*** *Exige-se daquele que viola reiteradamente o ordenamento jurídico o cumprimento de condições mais rigorosas antes de se atenuarem os rigores da pena aplicada. 4. Agravo regimental não provido."* (AgRg no REsp 1824437/MG, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 26/11/2019, DJe 29/11/2019) – grifo nosso.

Nesse contexto, é impossível adotar a fração de 2/5 (40%) de expiação punitiva tratada no inciso V do citado dispositivo legal, uma vez que está expressamente reservada exclusivamente para os reeducandos primários, condição na qual não se enquadra o agravante.

Essa fração também é inaplicável porquanto o legislador levou em conta que, se a reincidência se deu em razão da prática de crime hediondo ou a ele equiparado, é indiferente a natureza da condenação anterior ostentada pelo reeducando, não sendo exigida a qualificação de reincidência específica.

Por oportuno, colaciono a recente jurisprudência do e. TJSP citada pela Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer:

"AGRAVO EM EXECUÇÃO – RECURSO DEFENSIVO VISANDO A REFORMA DA DECISÃO QUE HOMOLOGOU O CÁLCULO DE PENAS QUE PREVÊ O CUMPRIMENTO DO LAPSO DE 3/5 (TRÊS QUINTOS), PARA PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL – SUSTENTA QUE O REEDUCANDO NÃO É REINCIDENTE ESPECÍFICO NA PRÁTICA DE CRIME HEDIONDO, PUGNANDO PELA APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA, NOS TERMOS DA NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 112, INCISO V, DA LEP, DADA PELA LEI 13.964/2019 – IMPOSSIBILIDADE - ***O artigo 112 da LEP, com redação dada pela Lei 13.964/2019, não utiliza o termo 'reincidente específico', de modo que não faz distinção entre reincidência comum ou específica, devendo, portanto, incidir a fração de 3/5 ou 60% a todos os agentes reincidentes, independentemente da natureza do delito anteriormente cometido.*** *Agravo improvido."* (TJSP; Agravo de Execução Penal 0000508-71.2020.8.26.0154; Relator (a): Paulo Rossi; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; São José do Rio Preto/DEECRIM UR8 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 8ª RAJ; Data do Julgamento: 14/02/2019; Data de Registro: 07/05/2020) – grifo nosso.

"AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – ***PEDIDO DE RETIFICAÇÃO DO CÁLCULO DE LIQUIDAÇÃO DE PENAS, COM AFASTAMENTO DO PERCENTUAL DE 60%, EXIGIDA NO ARTIGO 112, INCISO VII, DA LEI Nº 7.210/1984 (INCLUÍDO PELA LEI Nº 13.964/2019) – CONSECUÇÃO A PROGRESSÃO DE REGIME SOMENTE APÓS O RESGATE DE 3/5 DA REPRIMENDA, NAS HIPÓTESES DE CONDENAÇÃO PELO COMETIMENTO DE CRIME HEDIONDO, NOS CASOS EM QUE O REEDUCANDO É REINCIDENTE – IMPOSSIBILIDADE DE REDIMENSIONAMENTO DA FRAÇÃO***

MÍNIMA DE EXPIAÇÃO PUNITIVA PARA 40%, RECLAMADA NO INCISO V, DO REFERIDO DISPOSITIVO, QUE ESTÁ RESERVADO EXCLUSIVAMENTE AOS REEDUCANDOS PRIMÁRIOS – REINCIDÊNCIA, COMUM OU ESPECÍFICA, QUE IMPÕE O RESGATE DE 60% DA PUNIÇÃO CARCERÁRIA – NATUREZA DO ILÍCITO PENAL ANTERIOR – IRRELEVÂNCIA – PRECEDENTES – DECISÃO MANTIDA – *RECURSO DESPROVIDO."* (TJSP; Agravo de Execução Penal 0002081-13.2020.8.26.0521; Relator (a): Claudia Fonseca Fanucchi; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Criminal; Sorocaba/DEECRIM UR10 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 10ª RAJ; Data do Julgamento: 06/05/2020; Data de Registro: 06/05/2020) – grifo nosso.

"AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – ***PROGRESSÃO DE REGIME – RETIFICAÇÃO DE CÁLCULO – SENTENCIADO REINCIDENTE – CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO DELITO DE TRÁFICO NA FORMA PRIVILEGIADA - CRIME HEDIONDO – REINCIDÊNCIA – PLEITO – IRRELEVANTE A CONDIÇÃO DE REINCIDENTE ESPECÍFICO – LEI 13964/2019 QUE NÃO EXIGIU A CONDIÇÃO DE REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA - LAPSO DE 3/5 QUE DEVE SER MANTIDO – MANUTENÇÃO DA DECISÃO*** *– AGRAVO NÃO PROVIDO."* (TJSP; Agravo de Execução Penal 0000970-28.2020.8.26.0154; Relator (a): Silmar Fernandes; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; São José do Rio Preto/DEECRIM UR8 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 8ª RAJ; Data do Julgamento: 13/05/2020; Data de Registro: 13/05/2020) – grifo nosso.

De todo modo, a título argumentativo, verifica-se que, à luz das premissas ora adotas, o agravante qualifica-se como reincidente específico pela prática de crime hediondo ou a ele equipado (terceira condenação), atraindo conseguintemente a fração de 3/5 (60%).

Portanto, sob qualquer perspectiva, inexiste o alegado erro na fração de progressão de regime adotada no último relatório da situação processual executória.

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Emerson Cafure.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Emerson Cafure, Desª Elizabete Anache e Juiz José Eduardo Neder Meneghelli.

Campo Grande, 1º de junho de 2020.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros
Apelação Criminal nº 0900030-29.2016.8.12.0005 - Aquidauana

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – CRIME DE RESPONSABILIDADE DO PREFEITO – ARTIGO 1º, XIV, DECRETO-LEI Nº 201/67 – ATIPICIDADE DA CONDUTA POR AUSÊNCIA DE DOLO – CRIME FORMAL – PROVA DA AUTORIA E MATERIALIDADE – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVA POR ESCRITO – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE – MODULADORAS REFERENTES À CULPABILIDADE DO AGENTE E MOTIVOS DO DELITO INSATISFATORIAMENTE SOPESADAS – NEUTRALIZAÇÃO DEVIDA – CONSEQUÊNCIAS DO DELITO – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL MACULADA – ABRANDAMENTO DAS REPRIMENDAS – READEQUAÇÃO DA PENA SUBSTITUTIVA – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, EM PARTE COM O PARECER.

A configuração do delito tipificado no artigo 1º, XIV, do Decreto-lei nº 201/67 independe de um evento material, consumando-se com o simples não cumprimento da ordem judicial, não havendo que se falar em atipicidade por ausência de dolo.

Além da inexistência de comprovação da tentativa de cumprimento da ordem judicial, tenho que o dolo restou devidamente comprovado, uma vez que, por livre e consciente vontade, deixou de cumprir ordem judicial, sem justificar, por escrito, a recusa ou impossibilidade de fazê-lo, nos termos do artigo 1º, XIV, do Decreto-lei nº 201/67.

Não havendo apontamento de qualquer situação concreta que justifique a valoração negativa da culpabilidade do acusado e motivos do delito, deverão tais moduladoraa serem tidas como neutras

Idônea a fundamentação que reputou prejudicial as consequências do delito, eis que a dinâmica dos fatos, com o desdobramento da conduta do recorrente, ultrapassa o normal do delito, traduzindo-se em agravante que deve ser efetivamente considerada.

A exasperação da pena-base deve se efetivar à luz da proporcionalidade e da razoabilidade e, nessa esteira, consoante critério doutrinário sugerido, deve incidir para cada circunstância negativa, o acréscimo de 1/8 (um oitavo) da diferença entre as penas mínima e máxima cominadas em abstrato ao delito.

Sendo a pena privativa de liberdade aplicada inferior a 1 (um) ano de reclusão, necessário proceder à substituição por uma restritiva de direito, com espeque no art. 44, § 2º, do CP.

Ao estabelecer a pena de prestação pecuniária substitutiva à corporal, deve o Estado-Juiz, além de observar as balizas espelhadas no artigo 45, § 1º, do Código Penal, guardar simetria e proporcionalidade com a privativa de liberdade.

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, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Sustentação oral realizada pelo advogado Luiz Gustavo Martins Araújo Lazzari.

Campo Grande, 14 de maio de 2020.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Fauzi Muhamad Abdul Hamid Sumeiman interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Aquidauana, que o condenou como incurso nas sanções do artigo 1º, XIV, do Decreto-lei nº 201/67, fixando a pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção, em regime aberto, a qual foi substituída por duas penas restritivas de direitos.

Em suas razões de recurso, sustenta a atipicidade de sua conduta, ante a ausência de dolo, requerendo, neste tanto, a absolvição.

Caso não seja este o entendimento, aduz que as moduladoras referentes à culpabilidade do agente, motivos e consequências do delito foram indevidamente negativadas, sendo devida a redução da pena-base ao mínimo legal.

Contrarrazões às f. 595-605 pela manutenção da sentença.

A Procuradoria Geral de Justiça posicionou-se pelo improvimento do apelo, com o prequestionamento da matéria debatida. (f. 615-627)

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Fauzi Muhamad Abdul Hamid Sumeiman em face da sentença proferida pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Aquidauana, que o condenou como incurso nas sanções do artigo 1º, XIV, do Decreto-lei nº 201/67, fixando a pena de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção, em regime aberto, a qual foi substituída por duas penas restritivas de direitos.

Em suas razões de recurso, sustenta a atipicidade de sua conduta, ante a ausência de dolo, requerendo, neste tanto, a absolvição.

Caso não seja este o entendimento, aduz que as moduladoras referentes à culpabilidade do agente, motivos e consequências do delito foram indevidamente negativadas, sendo devida a redução da pena-base ao mínimo legal.

O pleito comporta parcial provimento

Da absolvição por ausência de dolo

Extrai-se da peça acusatória que no mês de novembro/2009, os vereadores Wezer Alves Rodrigues e Clezio Bley Fialho impetraram o Mandado de Segurança nº 0003645-96.2009.8.12.0005, contra ato do ex-prefeito do município, o ora apelante Fauzi Muhamad Abdul Hamid Sumeiman, pois o mesmo estava se negando a fornecer cópias de documentos relativos a recursos e gastos públicos relacionados a alguns processos licitatórios, tais como, balancetes contábeis e de execução orçamentária, processos de pagamento com empenho, nota de pagamento, cópias de cheques, notas fiscais, requisições ou documento similar

emitidos para a entrega de bens e realização de serviços por fornecedores, contratos administrativos, processos de licitação, relação de empenhos emitidos e liquidados, atos de pessoal, portarias de nomeação, contratos, convocação, processos de pagamento de pessoal, entre outros.

A liminar pleiteada foi concedida, sendo determinada à autoridade coatora que, no prazo de 10 dias, separasse e permitisse aos impetrantes acesso irrestrito aos documentos solicitados, permitindo-lhes, ainda, a extração de cópias de tudo aquilo que fosse de seu interesse, bem como que cumprisse seu dever de dar publicidade e transparência, oportunizando aos impetrantes a obtenção de cópias de todo e qualquer documento referente a recursos e gastos públicos, no prazo de 15 dias a contar do recebimento, pelo prefeito, de requerimento administrativo expresso encaminhado pelos impetrantes.

Ato contínuo, o réu protocolou Pedido de Suspensão de Segurança, o qual foi concedido, tendo, no entanto, tal decisão sido revogada pelo Presidente do TJMS em decisão datada de 29.03.2011 que, em sede de Agravo Regimental em Apelação Cível, restabeleceu integralmente os efeitos da segurança concedida em primeiro grau.

Segundo consta, houve trânsito em julgado da sentença em 07.05.2012, tendo sido o prefeito intimado pessoalmente em 09.05.2012, porém não tomou qualquer providência no sentido de cumprir a decisão judicial, vindo-lhe a ser imputado o delito previsto no artigo 1º, XIV, do Decreto-lei nº 201/67.

Pois bem. Apesar de negar ter agido com dolo, bem como ter cumprido a determinação judicial, o apelante não logrou êxito em comprovar suas alegações, sendo este seu ônus.

Com efeito, em juízo, afirmou nunca ter se negado a dar acesso aos vereadores à documentação descrita, esclarecendo que, tendo em vista o volume de papéis, ofereceu vista dos mesmos, o que não foi aceito, com a mera intenção de tumultuar e criar dificuldades à administração municipal.

Aduziu que, diante da sentença que determinou o irrestrito acesso aos documentos, ordenou fossem entregues 20 caixas de documentos ao vereador Wezer Alves Rodrigues, as quais foram levadas em uma caminhonete pequena, tendo sido todos os documentos fotocopiados, inclusive na presença de um funcionário da prefeitura e de uma advogada.

Esclareceu que Wezer não quis assinar o recibo de entrega da documentação porque não seria capaz de conferir tudo. (áudio – f. 539)

Por outro lado, a testemunha Evandro Lopes Aristimunha, funcionário da prefeitura que teria acompanhado a entrega dos documentos, apresentou narrativa diversa, asseverando que levaram cerca de 20 caixas de documentos no veículo VW/Golf de propriedade da advogada da prefeitura, sendo que, ao chegarem no escritório de Wezer, este se recusou a recebe-los, sob o fundamento de que não teria como conferir toda aquela documentação e que, diante disso, levou tudo de volta para a prefeitura. (áudio – f. 539)

Como se vê, no caso em comento, especialmente tendo em vista as incongruências verificadas, não há como dar guarida à argumentação do réu no sentido de ter cumprido a determinação judicial.

Outrossim, o ato de deixar de cumprir ordem judicial, descrito no artigo 1º, XIV, do Decreto-lei nº 201/67, configura-se crime de mera conduta, ou seja, prescinde da ocorrência de qualquer resultado naturalístico.

A propósito:

> *"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – OMISSÃO – OCORRÊNCIA – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL – OCORRÊNCIA – CRIME DE RESPONSABILIDADE – ART. 1º, XIV, DO DECRETO-LEI Nº 201/67 – CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO OU PROCESSO SELETIVO – DELITO FORMAL – PRECEDENTE DO STF – EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS.*

1. Tendo em vista a demonstração nos aclaratórios de que, de fato, não houve manifestação no tocante ao tema da prescrição ocorrida entre a data do fato e a do recebimento da denúncia conheço dos presentes embargos de declaração tão somente para a apreciação da matéria.

2. O embargante foi a condenação à pena de 5 (cinco) meses e 25 (vinte e cinco) dias de detenção, com prazo prescricional em 2 (dois) anos, aplicando-se Tempus regit actum, a antiga redação do art. 109, VI, do Código Penal.

3. Levando em conta que os fatos ocorrem no ano de 2005 (f. 1.006) e que a denúncia foi recebida aos 09/11/2010 (f. 857-880), transcorreu o lapso prescricional de 2 (dois) anos, devendo ser reconhecida a ocorrência da prescrição superveniente da pretensão punitiva do Estado.

4. Conforme precedente da Suprema Corte, o crime de responsabilidade previsto no art. 1º, XIV, do Decreto-lei nº 201/67, é 'delito formal ou de mera conduta, que se consuma com o fato de o prefeito deixar de cumprir ordem judicial sem dar as razões que justifiquem, perante a autoridade competente que deve aceitá-las ou não'.

5. Embargos declaratórios acolhidos." (EDcl no AgRg no REsp 1374716/SC, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 07/03/2014)

E, ainda:

"PENAL – PROCESSUAL PENAL – ART. 1º, XIV, DO DL 201/67 – NEGAR EXECUÇÃO À LEI FEDERAL, CONCERNENTE ÀS INFORMAÇÕES EXIGIDAS PELO ART. 51 DA LEI COMPLEMENTAR N. 101/2000 – LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL – MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEMONSTRADAS – DOLO CONFIGURADO – MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO – RECURSO DE APELAÇÃO NÃO PROVIDO. 1. Trata-se o delito do art. 1º, XIV, do DL 201/67 'de crime formal ou de mera conduta, consumando-se no momento em que o Prefeito nega execução à Lei ou descumpre a ordem judicial sem dar, perante à autoridade competente, razões para tanto (STF, HC 3777, Moreira Alves, Primeira Turma, u., 20.8.86; Jayme: 94), não se exigindo, para a consumação, que seja causado prejuízo para terceiro ou que o agente obtenha proveito econômico'. 2. Evidenciada nos autos a materialidade e a autoria delitivas, e bem assim o elemento subjetivo do tipo penal em análise, 'O administrador público tem ciência da imperiosa necessidade de cumprir a aludida obrigação imposta por Lei, porém, não o faz'. 3. Na espécie, o apelante, à época Prefeito Municipal, não apresentou informações no sistema da Secretaria do Tesouro Nacional, alusivas ao exercício de 2011. 'Não subsiste, assim, a tentativa do réu de atribuir ao contador da prefeitura, à época, a responsabilidade pelo não atendimento da prescrição legal, que é expressa ao tipificar como crime de responsabilidade do prefeito municipal a omissão consistente em negar execução a Lei federal'. 4. Manutenção da r. sentença condenatória por seus próprios fundamentos. 5. Recurso de Apelação não provido." (TRF 1ª R.; ACr 0005597-51.2016.4.01.4000; Terceira Turma; Rel. Juiz Fed. Conv. Leão Aparecido Alves; DJF1 27/03/2018)

Estamos, portanto, diante de um crime que independe de um evento material, consumando-se com o simples descumprimento da ordem judicial, não demandando a verificação de prejuízo a terceiros.

Por isso é que, no caso enfocado, a conduta não é atípica unicamente pela suposta ausência de dolo, pois o não cumprimento da ordem judicial já caracteriza o ilícito.

Outrossim, consoante as lições de José Geraldo da Silva, Paulo Rogério Bonini e Wilson Lavorenti:

"Deixar de cumprir é não atender comando judicial direcionado para o chefe de poder executivo municipal, de forma dolosa. No caso, para se configurar as elementares do tipo é necessário que, além de não cumprir a ordem judicial, o prefeito não oficie por escrito, para a autoridade judicial, dando motiva para a recusa ou informando a impossibilidade de cumprimento da ordem." (Leis penais especiais anotadas. 12. ed. Campinas, SP: Millennium, 2011. p. 111).

No entanto, além da inexistência de comprovação da suposta entrega de documento ao vereador Wezer, não há nos autos qualquer declaração do apelante encaminhada à autoridade judicial no sentido de justificar o não cumprimento da ordem judicial.

Neste tanto, tenho que o dolo restou devidamente comprovado, uma vez que, por livre e consciente vontade, deixou de cumprir ordem judicial, sem justificar, por escrito, a recusa ou impossibilidade de fazê-lo, nos termos do artigo 1º, XIV, do Decreto-lei nº 201/67.

Colaciono, neste sentido, julgados dos Tribunais de Justiça pátrios:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE RESPONSABILIDADE – EX-PREFEITO MUNICIPAL – ART. 1º, XIV, DO DECRETO-LEI Nº 201/67 – DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL – MANDADO DE SEGURANÇA – AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA, DA RECUSA OU DA IMPOSSIBILIDADE, POR ESCRITO, À AUTORIDADE COMPETENTE – CONDENAÇÃO – IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA – SUPLICA POR ABSOLVIÇÃO – AUSÊNCIA DE DOLO – INOCORRÊNCIA – MANUTENÇÃO DO DECISUM – REPRIMENDA – PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – REDUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PENA PROPORCIONAL E ADEQUADA – PENA CORPORAL CONCRETIZADA EM PATAMAR IGUAL A UM (01) ANO – SUBSTITUIÇÃO POR DUAS (02) RESTRITIVAS DE DIREITOS – NÃO CABIMENTO – OFENSA A EXPRESSA DISPOSIÇÃO DO ART. 44, § 2º, DO CÓDIGO PENAL – DECOTE DE UMA (01) PENA ALTERNATIVA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS A COMUNIDADE – RECONHECIMENTO DE OFICIO – DESPROVIMENTO DO APELO. Comprovado o descumprimento injustificado de ordem judicial, imperativa a manutenção da condenação por crime de responsabilidade praticado por ex-prefeito, previsto no art. 1º, XIV do Dec.-lei nº 201/67. Evidenciado o dolo na conduta do agente político, mediante a ausência de justificativa, perante a autoridade competente, dos motivos do descumprimento de ordem judicial, afastado está o pleito absolutório. A prestação pecuniária deve ser imposta em consonância com a proporcionalidade da pena aplicada, bem como a situação econômico-financeira do apenado, devendo o valor ser suficiente para a prevenção e reprovação do delito. A inviabilidade de cumprimento de pena restritiva de direitos devem ser dirigidos ao Juízo da Execução Penal a quem compete o acompanhamento e eventual adequação para cumprimento da medida. Nos termos da expressa disposição do art. 44, § 2º, do Código Penal, se a pena corporal restou fixada em patamar igual ou inferior a um (01) ano, esta deverá ser substituída apenas por uma (01) restritiva de direitos."* (TJPB; APL 0001757-43.2013.815.0531; Câmara Especializada Criminal; Rel. Des. João Benedito da Silva; DJPB 05/12/2017; Pág. 12)

> *"APELAÇÃOCRIMINAL – CRIME DE RESPONSABILIDADE – PREFEITO MUNICIPAL – DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS À MUNÍCIPE – ART. 1º, INCISO XIV, DO DECRETO-LEI Nº 201/67 – CONDENAÇÃO – DOLO DA CONDUTA EVIDENCIADO – NECESSÁRIA SE FAZ A CONDENAÇÃO DE PREFEITO MUNICIPAL QUE DESCUMPRE ORDEM JUDICIAL DELIBERADAMENTE – EVIDENCIADO O DOLO NA CONDUTA DO AGENTE POLÍTICO, MEDIANTE A AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA, PERANTE A AUTORIDADE COMPETENTE, DOS MOTIVOS DO DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL, A DESPEITO DA INTIMAÇÃO PESSOAL – APELO DESPROVIDO."* (TJSP; APL 0014488-18.2012.8.26.0073; Ac. 9183683; Avaré; Sexta Câmara de Direito Criminal; Rel. Des. Marcos Correa; Julg. 18/02/2016; DJESP 25/02/2016)

Logo, por qualquer ângulo que se analise a questão, a manutenção da condenação é medida que se impõe.

Da pena-base

Na primeira fase, o magistrado sentenciante exasperou a pena mínima de 3 (três) meses para o crime tipificado no artigo 1º, XIV, do Decreto-lei nº 201/67, nos seguintes termos (f. 1144-1146):

> *"(...)*

Atento aos princípios de comando dos arts. 59 e 68 do Código Penal passo à dosimetria da pena a ser aplicada. O preceito secundário do tipo estabelece a pena de detenção de três meses a três anos, conforme § 1º do art. 1º do Decreto-lei nº 201, de 27/02/1967. Agiu com intensa culpabilidade, pois praticou o crime consciente dos seus atos, porque é pessoa esclarecida, motivo pelo qual tem por obrigação conhecer, respeitar e cumprir as leis e atos normativos, principalmente, quando no exercício do cargo de Prefeito Municipal por dois mandatos. O Réu é primário, não registra antecedentes desabonadores. Sua conduta social e personalidade não ficaram esclarecidas nos autos. Os motivos do crime são prejudiciais, por tudo que se viu no caso, o sentenciado deixou de cumprir a ordem judicial por mero capricho e porque o pedido de acesso aos documentos adveio de políticos representantes de legendas rivais. As circunstâncias são inerentes ao crime de responsabilidade de agentes políticos. Um exemplo onde o interesse político do réu não se ajusta ao interesse público de lisura da administração. As consequências são graves porque os atos da administração pública municipal, probos ou não, praticados entre os anos de 2009 a 2012, deixaram de enfrentar a legítima fiscalização pelo Legislativo Municipal, com evidente prejuízo para a moralidade e publicidade administrativa. A vítima, no caso o próprio município, em nada contribuiu para o evento danoso. Na primeira fase de fixação da pena, sendo desfavoráveis a culpabilidade do agente, os motivos e as consequências do crime, fixo a pena-base em 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de detenção.

(...).”

Pois bem. Do comando constitucional espelhado nos artigos 5º, inciso XLVI, e 93, inciso IX, referentes à individualização da pena, emana que cada circunstância judicial deve ser examinada à luz de elementos concretos, coletados ao longo da instrução e reunidos nos autos, evitando-se a duplicidade e a valoração daqueles que integrem o próprio tipo penal.

Até porque a errônea individualização da pena enseja, consoante escólio de José Antonio Paganella Boschi, hipótese de *“nulidade absoluta, que pode e deve ser declarada em qualquer fase, instância ou juízo, inclusive de ofício, salvo incidam regras impeditivas, v. g. a falta de prejuízo de pena-base estabelecida no mínimo legal, pela impossibilidade de vir aquém desse piso.”* (Das penas e seus critérios de aplicação. 7. ed. Livraria do Advogado, 2014. p. 184).

Entende-se por pena-base a primeira fase a ser enfrentada pelo magistrado no processo de dosimetria, sobre a qual poderão ainda incidir atenuantes e agravantes (segunda fase) e causas de aumento e diminuição (terceira fase).

O *quantum* a ser estabelecido neste primeiro momento, pode variar entre o mínimo e o máximo da pena prevista abstratamente para o tipo penal, a partir do sopesamento das circunstâncias do artigo 59, do Código Penal, *in verbis:*

“Art. 59 - O juiz, ***atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:***

*I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;*http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm - art59

*II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;*http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm - art59

*III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;*http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm - art59

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1980-1988/L7209.htm - art59*.”* (G.n.)

Dessa forma, para que o réu tenha a pena-base fixada no mínimo legal, é necessário que as circunstâncias previstas no *caput* do dispositivo supracitado lhe sejam todas favoráveis, não sendo este o caso dos autos.

No tocante à culpabilidade, o sentenciante consignou ser desfavorável *"pois praticou o crime consciente dos seus atos, porque é pessoa esclarecida, motivo pelo qual tem por obrigação conhecer, respeitar e cumprir as leis e atos normativos, principalmente, quando no exercício do cargo de Prefeito Municipal por dois mandatos."*

Não há como se afastar da conclusão de que foi desabonada através de conceito abstrato e relacionado ao próprio tipo penal, sem apontar objetivamente qual seria a gravidade a ensejar a exasperação

Acerca da culpabilidade, enquanto vetor de caráter lato a ser observado na primeira etapa da dosimetria da pena, pontifica Ricardo Augusto Schmitt:

> *"O exame da culpabilidade servirá para aferir o maior ou menor índice de reprovabilidade do agente pelo fato criminoso praticado, não só em razão de suas condições pessoais, como também em decorrência da situação de fato em que ocorreu a indigitada prática delituosa, sempre levando em conta a conduta que era exigível pelo agente, na situação em que o fato ocorreu.*
>
> *A culpabilidade deverá ser entendida como sendo a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem, pois se trata de um plus de reprovação da conduta do agente, que deverá contar com fundamentação concreta, idônea e individualizada, nos termos do artigo 59 do Código Penal e da norma constitucional expressa no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, não bastando, para tanto, meras referências a termos genéricos como 'culpabilidade intensa' ou a 'exigibilidade de conduta diversa', pois se exige à sua valoração a descrição pormenorizada do elemento fático concreto que a fez se tornar merecedora de censura à elevação da pena-base."* (Sentença penal condenatória: teoria e prática. 11. ed. Juspodivm, 2017. p. 130/131)

À evidência, as ações delitivas a denotar especial reprovabilidade do agente *"importam na demonstração concreta de dolo mais intenso, aptas a justificar o desvalor da circunstância judicial e sua maior censurabilidade, autorizando o acréscimo da pena-base que vier a ser dosada."* (BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 7. ed. Livraria do Advogado, 2014. p. 131).

Aliás, a motivação do sentenciante tem estrita relação com a culpabilidade enquanto elemento estrutural do crime, o que é objeto de anterior cognição pelo Estado-Juiz por ocasião da formação de convicção acerca da condenação do agente.

A propósito, os escólios de Guilherme de Souza Nucci sobre o assunto:

> *"Não mais torna o magistrado a discutir imputabilidade, consciência potencial de ilicitude ou exigibilidade de comportamento conforme o Direito (...). No mais, quando se encontra no momento de fixar a pena, o julgador leva em conta a culpabilidade em sentido lato, ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem."* (Individualização da pena. 6. ed. Forense, 2014. p. 158).

Especialmente ao se dosar a reprimenda básica, possível apenas verificar – com amparo em dados concretos, colhidos ao longo da instrução, dissociados e externos ao que prevê o tipo penal – a intensidade de dolo e/ou o grau de culpa, a denotar maior reprovação e censura da empreitada delituosa perpetrada pelo agente, culminando-se, por corolário, na exasperação ou não da pena, a partir do mínimo legal cominado *in abstrato* pelo legislador ao definir o fato típico incriminador.

Por isso é que, no caso versando, a fundamentação adotada para negativar a moduladora culpabilidade em relação ao recorrente é baseada em conceitos abstratos, sem indicar precisamente qual seria a maior reprovabilidade da conduta, a externar culpabilidade mais censurável do que a normalidade.

Destarte, fica neutralizado o vetor judicial da culpabilidade.

No que concerne aos motivos do crime, o magistrado asseverou que *"são prejudiciais, por tudo que se viu no caso, o sentenciado deixou de cumprir a ordem judicial por mero capricho e porque o pedido de acesso aos documentos adveio de políticos representantes de legendas rivais."*

Resta evidenciado, neste tanto, que o sentenciante, para negativar referida moduladora judicial, utiliza-se de critério que não justifica a exasperação da reprimenda.

Ricardo Augusto Schimitt, sobre a moduladora judicial dos motivos do crime, destaca que:

> *"No exame dessa circunstância judicial, o juiz sentenciante deverá indagar qual a natureza e qualidade dos motivos que levaram o agente a praticar a infração penal. Não se trata, portanto, de analisar a intensidade de dolo ou grau de culpa – que é restrito à circunstância judicial da culpabilidade – mas de descobrir se a qualidade da motivação no agir do agente merece mais ou menos reprovação.*
>
> *(...)*
>
> *Os motivos diversos dos normais à espécie delitiva é que poderão (e deverão) ser valorados pelo julgador. Portanto, deverá o juiz sentenciante averiguar a existência de motivo que se revele como sendo um plus a motivação integrante do próprio tipo, sob pena de restar impossibilitada a sua valoração."* (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença penal condenatória. 11. ed. JusPodivm, 2017, p. 164 e 165).

Com efeito, para estabelecer a maior ou menor reprovação do agente no que tange à valoração dos motivos do crime, deve o julgador buscar as razões psíquicas, emocionais e sentimentais que levam o infrator à empreitada delitiva.

Assim, os motivos do crime apontados na sentença, afiguram-se inidôneos para incrementar a pena-base, sobretudo pela inexistência de comprovação de que tenha praticado o crime motivado por rivalidade política ou, ainda, de qualquer outro elementos de convicção concretos a respeito, devendo, outrossim, ser considerada neutra a circunstância judicial em tela.

Quanto às consequências, correta a fundamentação do sentenciante, atinente à impossibilidade de legítima fiscalização pelo Poder Legislativo Municipal dos atos administrativos praticados entre os anos de 2009 e 2012, em afronta aos princípios da moralidade e publicidade, traduzindo-se em agravante que deve ser efetivamente considerada.

Segundo enfatiza Guilherme de Souza Nucci, as consequências do delito concernem ao *"mal causado pelo crime, que transcende o resultado típico, é a consequência a ser considerada para a fixação da pena."* (Individualização da pena. 6. ed. Forense. p. 190).

Mantida, portanto, a valoração negativa.

D´outro vértice, a exasperação deve se efetivar à luz da proporcionalidade e da razoabilidade e, nessa esteira, consoante critério sugerido por Ricardo Augusto Schmitt[1], deve incidir para cada circunstância negativa, o acréscimo de 1/8 (um oitavo) da diferença entre as penas mínima e máxima cominadas em abstrato ao delito.

No crime previsto no artigo 1º, XIV, do Decreto-lei nº201/67 a pena varia entre 3 (três) meses a 3 (três) anos de detenção e, assim, a elevação deve se dar em 4 (quatro) meses para cada circunstância judicial negativa, totalizando, neste caso, a pena-base em 7 (sete) meses de detenção, a qual torno definitiva, ante a ausência de demais elementos a serem considerados, mantido o regime aberto.

1 **Sentença penal condenatória**: teoria e prática. 8. ed. Podium. p.129.

Tendo em vista o abrandamento das reprimendas, faz-se necessário a readequação da pena substitutiva, de maneira que, atento às diretrizes do artigo 44, § 2º, do Código Penal e, ademais, sendo a pena privativa de liberdade aplicada inferir a 1 (um) ano de detenção, a substituo por uma restritiva de direito, consistente no pagamento de prestação pecuniária equivalente a 2 (dois) salários mínimo à entidade social a ser indicada pelo juízo da execução.

Destaco que a prestação pecuniária alternativa deve guardar simetria com a reprimenda corporal e, assim, verificado que a condenação restou fixada pouco acima do mínimo legal, tem-se como razoável e proporcional a fixação da pena substitutiva de prestação pecuniária alternativa em 2 (dois) salários mínimos, a teor do parágrafo 1º, do artigo 45 do Código Penal.

Do prequestionamento

Acerca do prequestionamento, sabe-se que o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões.

Nessa linha, o posicionamento desta Corte de Justiça no julgamento da Apelação nº 0008780-91.2015.8.12.0001, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro:

> *"(...) o prequestionamento não obriga o magistrado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito."*

Dispositivo.

Ante o exposto, em parte com o parecer, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para, neutralizando as moduladoras referentes à culpabilidade do agente e motivos do delito, redimensionar as reprimendas endereçadas ao apelante para 7 (sete) meses de detenção, em regime aberto, a qual substituo por uma restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária no valor de 2 (dois) salários mínimos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Sustentação oral realizada pelo advogado Luiz Gustavo Martins Araújo Lazzari.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 14 de maio de 2020.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros
Apelação Criminal nº 0900798-93.2018.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CRIME MILITAR – CORRUPÇÃO PASSIVA – ART. 308, § 1º, CPM – PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO NOS TERMOS DA DENÚNCIA, COM PERDA DA GRADUAÇÃO – PRELIMINARES EM CONTRARRAZÕES – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR PELO CRIME SER COMETIDO ENQUANTO LOTADO EM ÓRGÃO CIVIL – IMPOSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO JUDICIÁRIA POR MILITARES LOTADOS EM ÓRGÃO CIVIL DIVERSO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR – FERIMENTO À DIALETICIDADE – AFASTAMENTO – REFORMA DA SENTENÇA – PLEITO ACOLHIDO – ACERVO PROBATÓRIO ROBUSTO E COESO – RELATÓRIOS DE INFORMAÇÕES CONSISTENTES – SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – CONDENAÇÃO – CONTINUIDADE DELITIVA RECONHECIDA – PARCIAL PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO PUNITIVA – PERDA DA GRADUAÇÃO MILITAR – PREQUESTIONAMENTO ATENDIDO – PRELIMINARES AFASTADAS, RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, COM O PARECER.

Não se conhece da preliminar de incompetência da Justiça Militar ao argumento de que o agente, embora militar, estava lotado em órgão civil, porquanto já apreciada em sede *habeas corpus* anteriormente impetrado e já julgado perante esta turma criminal, a evidenciar, pois, mera reiteração.

Inexiste nulidade se a investigação é realizada por militares lotados em órgão civil, diverso da Polícia Judiciária Militar, na medida em que o GAECO é constituído por um grupo de Promotores e Policiais, visando Atuação Especial para Prevenção e Repressão ao Crime Organizado e, nesse eito, conquanto se argumente sobre hierarquia inferior dos policiais em relação ao investigado, tal não se aplica aos Promotores de Justiça, face à inexistência de subordinação a respeito, mesmo porque os policiais integrantes do Grupo atuam, obviamente, sob orientação e acompanhamento daqueles.

Não há se falar em ausência de dialeticidade se o recurso está acompanhado da exposição fundamentada dos pedidos formulados, de forma a permitir a compreensão, possibilitar à parte contrária contrarrazoar e exercer seu direito ao contraditório e ampla defesa, bem como fixar os limites da atuação do Tribunal *ad quem*, sobretudo na hipótese de apelação criminal, em que se devolve toda a matéria para apreciação.

Impõe-se a condenação do apelado pela prática de corrupção passiva se o acervo probatório é vasto e, aliado ao conjunto de indícios e provas documentais, concernentes a dados extraídos de extratos bancários e expedientes oriundos de quebra de sigilo bancário, fiscal e telemático, comprova, de forma inconteste, em detrimento de simples negativa sem qualquer corroboração, repleta de incoerências e escusas inócuas, que o agente, na condição de policial militar, enquanto cedido Tribunal de Contas do Estado, vinculou-se a servidores para o fim de receber vantagem indevida, em razão da função pública que exercia, infringindo dever funcional, já que realizou aquisições e gastos que superam os rendimentos lícitos auferidos no período de cedência, situação que se subsome à tipificação do art. 308, § 1º, do Código Penal Militar.

Por outro lado, se os elementos de convicção reunidos não confirmam que os gastos em restaurante e viagem, bem como a aquisição de itens de luxo esportivo, de vestuário e eletrônicos não sobressaem dos rendimentos familiares, impossível presumir que tenham sido adquiridos através de verba oriunda de recebimento ilícito.

Presente a continuidade delitiva das provas coligidas, sendo certo que foi mais de uma conduta durante o período apontado na denúncia, mas não se pode descartar, por outro lado, a imprecisão do número de vezes que o réu recebeu vantagem indevida, de sorte que, das várias imputações de aquisições e gastos que seriam oriundos de propinas recebidas em decorrência das corrupções passivas perpetradas, apenas três restaram demonstradas e foram reconhecidas, pelo que incide exasperação à fração de 1/5.

A prática de crimes de corrupção passiva do art. 308, § 1º, do CPM, em continuidade delitiva, contraria as normas de pundonor e disciplina da corporação militar, enquanto a alta pena aplicada inviabiliza o exercício das funções de policial militar, sendo proporcional a medida de exclusão ante o reconhecimento da indignidade e incompatibilidade para a permanência nos quadros da Polícia Militar, ressalvando que os valores pagos a título de contribuição previdenciária podem ser transferidos para o Regime Geral da Previdência Social, sob pena de o Estado locupletar-se indevidamente dos respectivos valores.

Preliminares arguidas em contrarrazões afastadas e recurso provido para o fim de julgar parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, com condenação do réu, pela prática da conduta descrita no art. 308, § 1º, do Código Penal Militar (corrupção passiva), em continuidade delitiva, por três vezes, à pena de 04 anos, 09 meses e 18 dias de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime semiaberto.

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, afastaram as preliminares de incompetência da Justiça Militar, nulidade pela impossibilidade de investigação por militares lotados em órgão civil, diverso da Polícia Judiciária Militar e ausência de dialeticidade e, no mérito, deram provimento ao recurso ministerial, nos termos do voto do Relator. Sustentação oral realizada pelo advogado Ivan Gibim Lacerda.

Campo Grande, 14 de maio de 2020.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual de Mato Grosso do Sul, irresignado com a sentença que absolveu, por insuficiência de provas, Admilson Cristaldo Barbosa da prática do delito abordado no artigo 308, § 1°, do Código Penal Militar (corrupção passiva), por diversas vezes, durante o período de janeiro de 2015 a abril de 2016.

Em suas razões recursais (f. 802-880) pleiteia a condenação do acusado, ora apelado, por entender existirem nos autos provas a tanto suficientes, bem como a decretação da perda do cargo público que ocupa, face à gravidade do delito e ausência de decoro, incompatíveis com a atividade policial militar.

Contrarrazões (f. 896-940) pelo não conhecimento do recurso, face à ausência de dialeticidade, e, no tocante ao mérito, pelo improvimento. Apresentou, ainda, as preliminares que havia realçado em alegações finais, quais sejam, incompetência da Justiça Militar e nulidade das provas.

Posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e provimento do recurso (f. 946-961).

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual de Mato Grosso do Sul, irresignado com a sentença que absolveu, por insuficiência de provas, Admilson Cristaldo Barbosa da prática do delito abordado no artigo 308, § 1°, do Código Penal Militar (corrupção passiva), por diversas vezes, durante o período de janeiro de 2015 a abril de 2016.

Em suas razões recursais (f. 802-880) pleiteia a condenação do acusado, ora apelado, por entender existirem nos autos provas a tanto suficientes, bem como a decretação da perda do cargo público que ocupa, face à gravidade do delito e ausência de decoro, incompatíveis com a atividade policial militar.

Contrarrazões (f. 896-940) pelo não conhecimento do recurso, face à ausência de dialeticidade, e, no tocante ao mérito, pelo improvimento. Apresentou, ainda, as preliminares que havia realçado em alegações finais, quais sejam, incompetência da Justiça Militar e nulidade das provas.

Posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e provimento do recurso (f. 946-961).

Incompetência da Justiça Militar:

A questão já havia sido apreciada por este Sodalício no julgamento do *Habeas Corpus* nº 1400290-59.2019.8.12.0000, denegado, à unanimidade, não se vislumbrando, destarte, razões e fundamentos para adoção de posicionamento diverso neste momento. A correspondente ementa restou assim formalizada:

> *"HABEAS CORPUS – CRIME MILITAR – CORRUPÇÃO PASSIVA – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – INÉPCIA DA DENÚNCIA – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA NÃO DEMONSTRADA – CRIME PRATICADO POR POLICIAL MILITAR NA ATIVA DESIGNADO PARA EXERCER SUAS FUNÇÕES JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO – IRRELEVÂNCIA – CRIME DE NATUREZA MILITAR CARACTERIZADO – ARTIGO 9º, II, ALÍNEA C, DO CÓDIGO PENAL MILITAR – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR – PRISÃO PREVENTIVA – CIRCUNSTÂNCIAS E PARTICULARIDADES DO CRIME QUE REALÇAM A GRAVIDADE ACENTUADA E CONCRETA DA CONDUTA E INDICATIVOS DA PERICULOSIDADE DO PACIENTE – ORDEM PÚBLICA E PRINCÍPIOS MILITARES AFETADOS – NECESSIDADE DA CUSTÓDIA POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO – PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS – DECRETO PRISIONAL MANTIDO – HABEAS CORPUS CONHECIDO – ORDEM DENEGADA.*
>
> *Não se tem como inepta a denúncia que não obstrui, nem dificulta o exercício da mais ampla defesa, e que não evidencia consistente imprecisão nos fatos atribuídos ao paciente, a impedir a compreensão das acusações formuladas.*
>
> *A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade.*
>
> *É imprópria a alegação de ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal, se evidenciado, nos autos, a presença de indícios das práticas delituosas, bem como a participação, em tese, do paciente na atividade.*

Encontra-se em situação de atividade o policial militar, ainda que designado para exercer suas funções junto à Assessoria Militar do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul. A teor do disposto no artigo 9º, II, 'c', do Código Penal Militar, possui natureza militar o de crime praticado por militar em situação de atividade, atuando em razão de sua função, sendo irrelevante o fato de ter sido cometido em local não abrangido pela administração militar.

A prisão preventiva encontra embasamento na Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXI, possibilitando a sua decretação quando presentes os requisitos expressamente previstos, além das condições de admissibilidade do artigo 254 do CPPM.

Presentes no caso o fumus comissi delicti (existência de prova da materialidade e indícios da autoria) e periculum in libertatis (garantia da ordem pública), já que a custódia do paciente interessa especialmente à ordem pública, visto responde a outras ações penais, inclusive pelo cometimento em tese dos crimes de organização criminosa, lavagem de dinheiro e corrupção passiva, realçando cenário incompatível com a paz social por todos almejada.

Como garantia da ordem pública não se busca apenas assegurar a calma social, a manutenção e estabelecimento da disciplina social e de seus valores, mas, também, prevenir a reprodução de fatos criminosos, cenário que, no caso concreto, também justifica a medida, diante do potencial risco de reiteração.

Exsurgindo fortes indicativos de reiteração de delitos, indiferença ao cumprimento de regras elementares, a medida se afigura necessária para assegurar a aplicação da lei penal.

A segregação cautelar do paciente encontra alicerce também na previsão do artigo 255, 'e', do Código de Processo Penal Militar, pois a sua colocação em liberdade, por certo atentará contra a manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul.

Os limites do habeas corpus não comportam dilação probatória, tampouco discussão acerca do mérito da quaestio, cotejo de provas ou questionamentos alusivos à caracterização ou não dos delitos mencionados. Por conseguinte, os questionamentos neste particular demandam incursão na seara fático-probatória, extrapolando, pois, os limites da estreita via.

Inegável a compatibilidade da prisão preventiva com a presunção de inocência, pois esta, embora se consubstancie em pilar do Estado Democrático de Direito, não impede a imposição de restrições ao direito do acusado antes do final processo (STF – HC 106856, Relatora: Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 05/06/2012).

Habeas corpus conhecido. Ordem denegada." (TJMS. *Habeas Corpus* Criminal n. 1400290-59.2019.8.12.0000, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 29/03/2019, p: 01/04/2019).

Nulidade pela impossibilidade de investigação por militares lotados em órgão civil, diverso da Polícia Judiciária Militar:

Nada obstante os argumentos expendidos, descabe acatamento à pretensão neste particular deduzida.

A propósito, como bem pontuou a Procuradoria-Geral de Justiça, *"desarrazoada a arguição de nulidade quanto à investigação promovida pelos integrantes do GAECO, uma vez que foi realizada mediante grupo integrado por Promotores da instituição e policiais."*

Como cediço, o GAECO é constituído por um grupo de Promotores e Policiais, visando Atuação Especial para Prevenção e Repressão ao Crime Organizado e, nesse eito, conquanto se argumente sobre hierarquia inferior dos policiais em relação ao investigado, tal não se aplica aos Promotores de Justiça, face à inexistência de subordinação a respeito. Ademais, os policiais integrantes do Grupo atuam, obviamente, sob orientação e acompanhamento daqueles.

Por outro lado, o Ministério Público, além de possuir competência constitucional para exercer o controle externo da atividade policial, também é detentor da atribuição, por autoridade própria e sob sua direção, de investigar, ainda que em caráter subsidiário, instaurando procedimentos que possibilitem a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicções que lhe permitam formas a *opinio delicti*, propiciando eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública.

Acresça-se que não há falar em nulidade, sem demonstração inequívoca e concreta do prejuízo eventual experimentado, de cujo ônus o acusado não se desincumbiu a contento.

Ausência de dialeticidade:

Melhor sorte não é reservada ao acusado, ora apelado, posto que das razões recursais emerge não apenas manifestação de inconformidade com ato judicial impugnado, mas, também, exposição de fundamentos pelos quais se almeja novo desfecho ao caso, com explicitação dos motivos da insurgência.

Outrossim, o efeito devolutivo amplo dos recursos em sede criminal, cujo âmbito de cognição permite que o tribunal *ad quem* examine, com profundidade, todo o conjunto probatório colhido durante a instrução criminal, impõe o conhecimento da matéria. Gize-se:

> *"APELAÇÃO – ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A ROUBO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO – AFASTADA – MÉRITO – MEDIDA DE SEMILIBERDADE – MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *Constatando-se que nas razões recursais foram expostos os motivos do inconformismo, permitindo entender a irresignação do recorrente e viabilizando o exercício do contraditório, deve ser rejeitada a alegação de ofensa ao princípio da dialeticidade.*
>
> *Se a medida socioeducativa de semiliberdade foi corretamente fixada em razão da natureza do ato infracional praticado e da situação peculiar do adolescente em conflito com a Lei, não há ensejo para abrandamento.*
>
> *Recurso não provido."* (TJMS; ACr 0017607-86.2018.8.12.0001; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Ruy Celso Barbosa Florence; DJMS 31/05/2019;pág. 131)

Rejeito a preliminar.

Mérito:

Os fatos objetos da imputação delitiva são extraídos dos seguintes excertos da proemial acusatória:

> *"De janeiro de 2015 a abril de 2016, na cidade de Campo Grande, o denunciado TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa diversas vezes recebeu, para si, na condição de policial militar, em razão do exercício da função pública, vantagem indevida que alcançou o montante aproximado de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais).*
>
> *O Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado instaurou no dia 19 de abril de 2017 o PIC n. 12/2017-GAECO, convertido em eletrônico sob o n. 06.2018.00000287-9, para apurar a prática, em tese, dos crimes de corrupção, organização criminosa e demais delitos correlatos por policiais militares de Mato Grosso do Sul.*
>
> *Ao final dos trabalhos, foi possível constatar que o TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa integrou a organização criminosa que dava suporte aos contrabandistas de cigarros no período de abril de 2016 a maio de 2018, mediante o recebimento mensal de quantias ilícitas (corrupção sistemática).*
>
> *Por tal motivo, o TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa foi denunciado, juntamente com diversos outros policiais militares, pelos crimes previstos nos artigos 308, § 1º, do Código*

Penal Militar (corrupção passiva), por diversas e seguidas vezes durante os anos de 2016 a 2018 (art. 80); art. 1º, § 1º e art. 2º, § 3º, ambos da Lei 12.850/13 (organização criminosa) e art. 1º da Lei 9.613/98 (lavagem de capitais) c/c art. 69 do Código Penal (3 vezes), todos em concurso material de crimes, em Ação Penal registrada sob o n. 0900333-84.2018.8.12.0001.

Ocorre que, durante as investigações, restou verificado que o denunciado TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa já apresentava padrão de vida totalmente incompatível com seus rendimentos como policial militar, ao menos desde o início do ano de 2015, a exemplo de aquisição de motos de luxo, carros importados, roupas de grife, viagens, entre outros, tudo obtido em razão do recebimento de propinas.

De fato, o TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa foi cedido no ano de 2010 ao Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul onde permaneceu até abril de 2016, quando da assunção do Comando do 11º BPM/CPA-3 de Jardim/MS.

Nesse longo período criou ligações com alguns servidores do Tribunal de Contas do Estado, a exemplo de Denis Peixoto Ferrão (exonerado em 26.07.2018) e Parajara Moraes Alves Junior, ambos processados pelo GAECO por crimes como corrupção e lavagem de dinheiro.

E, com o avançar das investigações, verificou-se que esses vínculos não cessaram.

Tanto é verdade que durante o cumprimento do mandado de busca e apreensão na residência do denunciado, situada na rua Rio Claro, n. 702, casa 20, no Município de Campo Grande, foram encontradas 03 (três) notas promissórias emitidas por Denis Peixoto Ferrão Filho (termo circunstanciado de busca e apreensão – doc. 01), todas com vencimento em abril e maio de 2018 (atualidade), que juntas alcançam o montante de R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

(...)

O mesmo ocorre com Parajara Moraes Alves Junior. Em diálogo mantido pelo aplicativo whatsapp no dia 19 de março de 2018, o denunciado TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa pede para Adilto Barbosa, seu irmão, levar um cheque de R$ 165.000,00 (cento e sessenta e cinco mil reais) (está escrito na mensagem: pega um cheque de 165.000) na rua Coronel Cacildo Arantes, n. 108, Chácara Cachoeira.

(...)

Observa-se que, no dia anterior (18 de março de 2018), o denunciado TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa manda uma mensagem para Adilto Barbosa - com o endereço (Rua Arcênia, n. 206, Bairro Giocondi Orsi), que é justamente a residência de Parajara Moraes Alves Junior, Diretor de Administração Interna do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, a revelar a origem do dinheiro e a vinculação entre ambos.

Não passa despercebido que, além de indicar o endereço, o denunciado TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa envia a sua localização, confirmando que estava naquele local.

Demais disso, com a análise das informações bancárias e fiscais do TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa (cujo sigilo foi afastado nos Autos n. 0009703-15.2018.8.12.0001), foi possível identificar que ele enriqueceu por meio da corrupção sistemática.

No ano de 2015, apenas com gastos ordinários, pagamentos de empréstimos, entre outras despesas, toda a renda do denunciado ficava comprometida, inexistindo margem que justificasse a aquisição de bens vultosos, o que só ocorreria de forma ilícita, por óbvio à revelia dos órgãos de controle como a Receita Federal.

Pois bem, para melhor compreensão, seguem discriminadas abaixo algumas das aquisições realizadas pelo denunciado TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa no ano de 2015, a grande maioria paga em dinheiro (espécie), até mesmo para não circular pelo sistema bancário e ser detectada pelos órgãos de controle, com produto/proveito de corrupção.

a) Veículo Jeep Grand Cherokee, 2015/2015, placa QAB- 0805, chassi 1C4RJFBGNFC775830, renavam 01020757804, cor preta, no valor de R$ 215.000,00 (duzentos e quinze mil reais).

(...)

b) Motocicleta Harley Davidson, 2011/2011, placa NRR- 8553, chassi 9321JN5J6BDN4B799, cor prata, no valor de R$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

(...)

c) Banheira 'SPA Marilyn 2,20 x 2,20, suprema em acrílico branco', no valor de R$ 28.000,00 (vinte e oito mil reais).

(...)

d) Aquisições de produtos de luxo na loja Prada Brasil Importação e Comércio de Luxo LTDA, no dia 31.10.2015, no valor total de R$ 25.780,00 (vinte e cinco mil setecentos e oitenta reais).

(...)

e) Compra de uma bicicleta Specialized Stumpjumper FSR, completa, cores preta e vermelha, tamanho M, no valor de R$ 11.000,00 (onze mil reais).

(...)

f) Aquisições de produtos de luxo na loja Talent Comércio de Canetas e Relógios, nos dias 31.10.15 e 06.11.2015, no valor R$ 6.865,00 (seis mil oitocentos e sessenta e cinco reais).

(...)

g) Viagens e compra de bens de luxo diversos: TV 55", LED, 3D, 4K, marca Samsung – UN55HU8700 CVA/WIFI/20C, no valor de R$ 5.999,00; Ducha Advance Sodramar, no valor de R$ 3.500,00; Whisky Royal Salute, no valor de R$ 1.701,78.

(...)

Importante anotar que o denunciado TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa fechou o ano de 2014 (segundo sua declaração de imposto de renda – ano base 2015), sem dinheiro (espécie) em sua residência, com uma aplicação financeira no valor de R$ 1.942,87 (mil novecentos e quarenta e dois reais e oitenta e sete centavos), com uma dívida imobiliária no valor de R$ 222.547,78 (duzentos e vinte e dois mil, quinhentos e quarenta e sete reais e setenta e oito centavos) e com uma dívida de consignação em folha de pagamento no valor de R$ 16.231,72 (dezesseis mil, duzentos e trinta e um reais e setenta e dois centavos).

Levando em consideração que ele não se desfez de seu único imóvel no período (uma casa financiada no Condomínio Brisa da Mata), é evidente que a sua remuneração como policial militar, ainda que com os acréscimos decorrentes de sua atividade no Tribunal de Contas Estadual, jamais permitiria gastos tão expressivos.

Com efeito, o denunciado TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa, no ano de 2015, auferiu a remuneração bruta de R$ 305.105,27 (somados os valores oriundos da Polícia Militar e do Tribunal de Contas do Estado), valor que cai para R$ 161.456,62, descontados os gastos com imposto de renda (R$ 51.384,73), previdência oficial/deduções (R$ 34.856,25), plano de saúde (R$ 6.192,67), pensão alimentícia (R$ 50.000,00) e gastos médicos (R$ 1.260,00), isso sem abater as suas despesas cotidianas com alimentação, moradia (água, luz, internet etc.), vestuário, financiamento habitacional, consignação em pagamento, lazer.

(...)

Só na aquisição dos bens e viagens acima descritos, o denunciado TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa gastou, no ano de 2015, já descontado o valor de seu veículo Ford Fusion (dado como forma de parte do pagamento na aquisição do Grand Cherokee), a quantia de R$ 198.168,29 (cento e noventa e oito mil, cento e sessenta e oito reais e vinte e nove centavos), isso para comprar veículos, roupas em loja de grife, banheira, bicicleta, whisky, realizar viagens, isso sem contar seus gastos cotidianos.

Esse padrão de vida lhe foi proporcionado pelo recebimento de quantias ilegais no transcorrer do ano de 2015.

Ainda que no transcorrer da Ação Penal n. 0900333- 84.2018.8.12.0001 tente justificar a posse de dinheiro vivo (em torno de R$ 20.000,00) no ano de 2015 em um suposto empréstimo (doação - tratada como 'sobra de caixa') de seu irmão, Adailton Barbosa, que seria um empresário de sucesso, tal é absolutamente inverossímil e sem qualquer credibilidade, até porque essa versão é isolada e despida de qualquer comprovação.

De fato, tais transações não são retratadas no imposto de renda de nenhum deles ou mesmo corroborada por qualquer documentação.

Mais, a própria justificativa, em si, é absurda, já que Adailton Barbosa diz ter trazido altas quantias em dinheiro (em uma das viagens R$ 75.000,00) do Estado de Rondônia, onde reside, até Campo Grande/MS, apenas na companhia de sua mulher, a revelar que mente para ajudar o denunciado, que é seu irmão.

Enfim, como acima já destacado, o denunciado TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa recebia as quantias ilegais no exercício da função e em razão do cargo de policial militar de alguns servidores do Tribunal de Contas do Estado, a exemplo de Denis Peixoto Ferrão Filho (que lhe repassou a motocicleta Harley Davidson – acima citada) e Parajara Moraes Alves Junior (que providenciou um cheque de R$ 165.000,00 – episódio antes narrado), entre outros.

O denunciado TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa, nos últimos anos (02/2015 a 12/2017), também recebeu diversas vezes dinheiro do Coronel QOPM José Augusto Castro Bernardes, que é lotado no Tribunal de Contas do Estado, em montante superior a R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por meio de diversas transferências bancárias.

(...)

Embora o Coronel QOPM José Augusto Castro Bernardes diga que tais valores se referem ao pagamento de empréstimos pessoais feito pelo denunciado TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa, seu amigo, certo é que o último recebeu muito mais (R$ 51.096,00) do que repassou (R$ 13.000,00).

Importante registrar que o denunciado TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa, ainda que lotado no Tribunal de Contas do Estado, continuava a exercer função tipicamente militar e, em razão dela, principalmente de sua alta patente na Corporação, valia-se de seu trânsito livre e influência para desempenhar as mais diversas atividades em benefício, e a pedido, daqueles que lhes pagavam propina.

Ao denunciado TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa cabia o transporte e repasse de dinheiro, inclusive para fora do Estado de Mato Grosso do Sul.

Neste ponto, foi detectada viagem a trabalho do TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa no mês de dezembro de 2015.

(...)

Ou seja, o denunciado TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa, como Oficial da Polícia Militar, fazia o transporte, remessa e depósito de grandes quantias em dinheiro, muitas vezes valendo-se de sua função para acionar apoio e/ou segurança de seus subordinados.

Tanto é verdade que, já no ano de 2013, o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), por meio do RIF (Relatório de Inteligência Financeira) n. 32012.7.3298.440 (doc. 06), detectou que o denunciado TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa foi o responsável por realizar um depósito em dinheiro, em nome de Cristina Beckert (depositante), no valor de R$ 150.000,00 (cento cinquenta mil reais), para Engegrande Engenharia LTDA.

E isso ocorreu de janeiro de 2015 a abril de 2016.

Impende registrar, por fim, que o TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa, mesmo com sua saída, continuou a manter forte ligação com os agentes públicos do Tribunal de Contas do Estado. Prova disso é que a esposa dele, Claudia Mara Tumelero Gomes (advogada), em seu depoimento ao GAECO, intitulou-se como servidora do Tribunal de Contas do Estado (assessora jurídica da Presidência), quando na verdade é empregada da Cast Informática LTDA (doc. 07), que é uma empresa de informática contratada pelo TCE/MS.

Ante o exposto, o Ministério Público Estadual denuncia o Tenente-Coronel QNPM Admilson Cristaldo Barbosa como incurso nos artigos 308, § 1º, do Código Penal Militar (corrupção passiva), por diversas e seguidas vezes durante o período de janeiro de 2015 a abril de 2016 (art. 80).”

O feito tramitou regularmente e, após instrução, o Conselho Especial de Justiça, por unanimidade, absolveu o acusado da imputação alusiva ao art. 308, § 1º, do Código Penal Militar, com fundamento no art. 439, alínea *e*, do Código de Processo Penal Militar.

Embora o sentenciante primevo tenha vislumbrado incompatibilidade do padrão de vida ostentado pelo acusado, frente aos rendimentos por ele auferidos na Polícia Militar, entendeu que *“das provas coligadas aos autos não é possível extrair, de forma clara e segura, a conclusão de que o denunciado recebeu ou aceitou a promessa de receber vantagem indevida quando ocupava função de natureza militar no TCE/MS e que ditas aquisições de artigos luxuosos decorrem de atividade ilícita.”*

Deveras, a despeito da respeitável fundamentação da Auditoria Militar de primeira instância de jurisdição desta Capital, a sentença absolutória comporta parcial reforma.

Dispõe o tipo penal imputado ao réu:

“Corrupção passiva

Art. 308. Receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes de assumi-la, mas em razão dela vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Aumento de pena

§ 1º A pena é aumentada de um terço, se, em conseqüência da vantagem ou promessa, o agente retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.”

Dessume-se dos elementos informativos e das provas angariados que o réu TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa, portanto na condição de policial militar, de fato recebeu vantagem indevida, em ocasiões diversas, em razão da função pública que exercia durante janeiro de 2015 e abril de 2016, enquanto cedido ao Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, logo, infringindo dever funcional, o que se subsome à tipificação de corrupção passiva descrita no art. 308, § 1º, do Código Penal Militar.

Com efeito, exsurge do encadernado que a cedência do acusado para exercício de atribuições de natureza policial junto ao Tribunal de Contas deste Estado remonta ao ano de 2010, onde permaneceu até abril de 2016, quando então, retornando ao órgão cedente, passou a comandar batalhão militar na Comarca de Jardim/MS.

Verifica-se que as vantagens indevidas recebidas são perceptíveis a partir de janeiro de 2015, após, portanto, prazo considerável desde sua cedência, ou seja, depois de interstício temporal que foi necessário para obter confiabilidade e estabelecer vínculos espúrios inerentes à seara delitiva deste jaez.

Ocorre que, já inserido em estratagemas ilegais, mesmo após não mais exercer suas funções públicas junto ao Tribunal cessionário, o policial militar Admilson Cristaldo perseverou obstinadamente no crime, em decorrência de suas ligações com servidores que ainda permaneciam em exercício no Sodalício de Contas Estadual.

As vantagens indevidas auferidas pelo réu são de ordem pecuniária, na medida em que se traduziram em aquisições de motocicleta, veículo e artigos de luxo, as quais são totalmente incompatíveis com seus ganhos mensais de servidor público e destoantes de seus informes de rendimentos.

Importa frisar que, nada obstante a criminalidade contra a moralidade administrativa perante aquela nobre Corte de Contas possa ter perdurado desde muito antes de janeiro de 2015, já que a cedência data de 2010, importante consignar a delimitação temporal concernente às vantagens indevidas recebidas e que caracterizam a corrupção passiva que perpetrava.

É que a comprovação de recebimento de vantagens indevidas provenientes de propinas cingem-se ao interstício de janeiro de 2015, a partir do que é possível corroborar por provas os gastos muito superiores aos rendimentos lícitos do acusado, seguindo-se ao mês de abril de 2016, quando se desligou dos exercícios funcionais junto ao Tribunal de Contas.

De todo modo, não menos importante é demonstrar que os vínculos estabelecidos pelo réu com outros servidores na época em que cedido, datados de antes e até mesmo depois deste lapso (01/2015 a 04/2016) de recebimento de vantagens indevidas, são igualmente elementos comprobatórios da corrupção passiva perpetrada por Admilson Cristaldo.

Oportuno salientar que é justamente nesse ponto que figura a relevância dos vínculos interpessoais voltados à prática de ilícitos, pois, a partir de tal comprovação, analisada em cotejo às provas que evidenciam que o réu ostentou em 2015/2016 gastos elevadíssimos, acima dos seus rendimentos como policial militar, chega-se à conclusão, sem qualquer esforço exegético, que as vantagens indevidas decorrem de parte do período em que esteve cedido pela corporação militar ao Tribunal de Contas.

Inclusive, oportuno consignar ser inconteste que o réu exercia função tipicamente militar durante o período de cedência ao Tribunal de Contas Estadual, conforme se observa das oitivas colhidas de servidores, oficiais militares e até mesmo de Conselheiro.

Por isso, insubsistente a afirmação de que as provas são insuficientes a demonstrar que as aquisições do réu decorreriam de vantagens indevidas recebidas à época que ocupava função militar junto ao TCE/MS.

Ora, exigir maiores provas das que estampam o presente caderno processual, além de despiciendo, seria o mesmo que descreditar o trabalho dos órgãos de controle e fiscalização financeiros, inclusive inviabilizando o combate e repressão à corrupção endêmica que assola a Administração Pública desse país, de sorte a consagrar verdadeira impunidade, colocando em xeque, perante à sociedade, a própria moralidade e probidade do organismo estatal.

Não se pode ignorar, diante deste cenário, os elementos probantes que abundam, transbordam deste encadernado, mesmo porque, exigência que vá além, relativamente à efetiva comprovação da vantagem ilícita, configuraria verdadeira prova diabólica, pouco provável de se alcançar em crimes a exemplo do em apuração, perpetrados por agentes públicos na maioria das vezes dotados de conhecimentos intrínsecos às suas atribuições, intimamente ligados aos meandros da máquina estatal e lamentavelmente imbuídos do *animus* delitivo de, por via transversa, enriquecer às custas do Estado, através do tráfico de influência que goza em razão do cargo estatal.

Em se tratando de crime de corrupção passiva, mediante recebimento de valores em espécie como constatado no presente, deve-se levar em consideração, conforme máxima acolhida no âmbito jurídico, que não há emissão de comprovante ou de recibo, e, notadamente por ser conduta tão impura e reprovável, não acontece aos olhos de terceiros isentos.

Nesse sentido, aliás, consignou a Suprema Corte na Ação Penal nº 470: *"Não há ninguém que receba propina e o faça à luz do dia, em outras palavras ninguém passa recibo de corrupção."*

Criminosos desta estirpe se organizam, se amoldam, se reinventam com exclusiva intenção de encobrir, dissimular e dificultar a atividade dos órgãos investigativos e da Justiça, têm escopo único de conferir ares de legalidade às suas atividades espúrias e licitude a patrimônio, aquisições e gastos advindos de dinheiro oriundo de propina.

Os crimes contra a Administração Pública são extremamente graves, severos, não se exaurem neles mesmos, refletem imediatamente sobre a objetividade jurídica e o sujeito passivo implícitos nos respectivos tipos penais, ao passo que, de forma mediata, irrompem consequências devastadoras, que não se limitam aos agentes diretamente envolvidos, mas, sobretudo, por via oblíqua, atingem outros caros interesses sociais, de valores imensuráveis.

Portanto, no crime de corrupção passiva, não se pode confundir a impossibilidade ou dificílima produção de determinada prova com insuficiência probatória.

Até porque, não se olvide que, para a formação do convencimento, é lícito o julgador valer-se de provas indiciárias que levam ao silogismo necessário à condenação, sobretudo se corroboradas por provas diretas, as quais, aferidas em cotejo às circunstâncias que cercam os fatos, ao agente envolvido e à infração, reúnem acervo fático-probante consistente que conduz ao posicionamento aqui adotado.

Sobre o tema, o entendimento do Pretório Excelso:

> *"A força instrutória dos indícios é bastante para a elucidação de fatos, podendo, inclusive, por si própria, o que não é apenas o caso dos autos, conduzir à prolação de decreto de índole condenatória, quando não contrariados por contraindícios ou por prova direta. Doutrina: Malatesta, Nicola Framarino dei. A lógica das provas em matéria criminal. Trad. J. Alves de Sá. Campinas: Servanda Editora, 2009, p. 236; Leone, Giovanni. Trattato di Diritto Processuale Penale. v. II. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961. p. 161-162; Pedroso, Fernando de Almeida. Prova penal: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 90-91. Precedentes: AP 481, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2011; HC nº 111.666, Relator: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08/05/2012; HC 96062, Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009." (HC 97781, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 26/11/2013, Acórdão Eletrônico DJe-051 Divulg 14-03-2014 Public 17-03-2014).*

No mais, a exigência de confirmação do ato corruptor não é plausível, na medida em que, há muito, os Tribunais de Superposição entendem que: *"O delito de corrupção é unilateral, tanto que legalmente existem duas formas autônomas, conforme a qualidade do agente. A existência de crime de corrupção passiva não pressupõe necessariamente o de corrupção ativa (APn n. 224/SP, Ministro Fernando Gonçalves, Corte Especial, DJ 26/4/2004)."* (RHC 70.059/GO, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 11/10/2016, DJe 04/11/2016).

E se o acervo probatório comprova que os rendimentos do servidor são incompatíveis com suas despesas, tampouco há falar-se em demonstração pormenorizada dos atos de vinculação espúria que se defluem na corrupção passiva, sequer é imprescindível apontar de forma individualizada os moldes das vantagens indevidas recebidas, segundo, aliás, já decidido na Corte de Uniformização Infracosntitucional. *In litteris*:

> *"O crime de corrupção passiva é formal e prescinde da efetiva prática do ato de ofício, sendo incabível a alegação de que o ato funcional deveria ser individualizado e indubitavelmente ligado à vantagem recebida, uma vez que a mercancia da função pública se dá de modo difuso, através de uma pluralidade de atos de difícil individualização."* (RHC 48.400/RJ, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 17/03/2015, DJe 30/03/2015).

Não se trata, evidentemente, de alicerçar decreto condenatório em ilações ou meras conjecturas, mas em elementos de convicção concretos, fartamente angariados.

Além do que até aqui emerge, há diversas outras provas robustas que comprovam, *quantum satis*, a prática delitiva em foco, as quais demonstrar-se-á ao longo desta.

À evidência, exsurge que o réu, enquanto cedido, estabeleceu, no Tribunal de Contas, vínculos com os servidores Denis Peixoto Ferrão e Parajara Moraes Alves Júnior, os quais, por fatos diversos dos que aqui se apuram, também foram alvos de outras investigações conduzidas pelo GAECO, culminando igualmente em ações penais por corrupção e lavagem de capitais (Autos 0839205-34-2016.8.12.0001 e 0842368-85.2017.8.12.0001).

O vínculo entre tais é inconteste, ao passo que a ilicitude corruptiva do réu decorre justamente das aquisições e transações que realizou justamente entre 2015 e 2016, período em que esteve exercendo as atribuições militares junto ao Tribunal de Contas.

Disso se observa, portanto, indícios que, somados às provas colhidas, evidenciam ser a ligação estabelecida, naquela época, entre o réu e os servidores em questão não limitada ao âmbito da legalidade, da normalidade inerente ao labor das funções públicas exercidas, mas, tratava-se sim, de verdadeira afinidade com cunho pestilento.

É que, conforme mandado de busca e apreensão deferida judicialmente (f. 47), foram encontradas na residência do réu, entre outros, três notas promissórias emitidas por Denis Peixoto Ferrão Filho, nos valores de R$150.000,00, R$50.000,00 e R$450.000,00 (*vide* f. 43 do termo circunstanciado de busca e apreensão), cujas cópias estampam a f. 48 destes autos.

Por óbvio que a emissão de título de crédito de promessa de pagamento não é crime. Ocorre que não se apresenta justificativa plausível a tanto.

Não se revela crível que promitente devedor emita promissórias de tão elevado valor, sem ao menos indicar o beneficiário, deixando nas mãos de suposto terceiro que sequer possuía lastro financeiro para tal dívida, mesmo porque no serviço público o réu não aufere rendimentos compatíveis com essa monta, títulos com o campo destinado ao promissário credor em branco.

Sobre os fatos, Denis Peixoto Ferrão Filho, em audiência instrutória, asseverou que as promissórias que emitiu e foram apreendidas na casa do réu foram entregues para que Admilson tentasse um empréstimo, pois estava com dificuldade financeira, mas que, depois, ficou de pegar as cártulas e não foi.

Outros elementos concretos que configuram indícios do vínculo voltado à corrupção passiva não faltam.

O Relatório de Informação nº 225/SOI/GAECO/2018 (f. 51-55), elaborado com o escopo de extrair dados do telefone móvel do réu, apontou que, na noite do dia 18/03/18, o réu Admilson e seu irmão Adilto, vulgo "Dito", se encontraram no endereço Rua Arcênia, 206, Giocondo Orsi, local onde reside Parajara Moraes Alves Júnior.

A comprovar, colaciona-se no relatório a cópia de mensagens trocadas, em que o réu Admilson (556799825625) envia para Adilto o endereço acima, com a localização por mapa do local.

Conforme imagem de conversa entre o réu e seu irmão, ocorrida na tarde do dia posterior, 19/03/18, Admilson envia mensagem a Adilto, indicando o endereço Rua Coronel Cacildo Arantes, 108, Chacara Cachoeira, refere-se ao residente *"Dra Tania"* e determina *"pega um cheque de 165.000"*. O interlocutor Adilto, passado pouco mais de meia hora, responde *"ok"* e, na sequência, após dois minutos, o réu questiona se o irmão *"já está na casa da moça?"*, ao passo que Adilto responde depois de vinte minutos: *"sim 5 minutos tocando o interfone e ninguém atende"*. Uma lâmina de cheque nesse mesmo valor foi indicada no Termo Circunstanciado de Busca e Apreensão de f. 42-46.

Parajara Moraes Alves Júnior, em juízo, diz que o réu esteve em sua residência na noite apontada nos autos, mas se tratava de uma confraternização, sendo que o Adilton teria sido chamado ao local apenas para levar Admilson embora, pois este teria consumido bebida alcoólica. Não houve tratativa sobre assunto financeiro, não tem negócios com o acusado e não participou de venda de veículo, tampouco fez empréstimos.

Adilton, na fase procedimental, confirma que faz bicos de motorista, mas nega que buscou ou retirou cheque a mando do réu, bem assim diz que nunca esteve na casa de servidores do Tribunal de Contas.

No entanto, Adilton, em juízo, altera a narrativa, diz ser o "severino quebra-galho" do irmão e confirma que atendeu a pedido do acusado para buscar um cheque na casa de uma senhora e, após, entregou ao réu, o qual lhe disse que seria "rolo de carro".

Outrossim, em consonância com o Relinfo nº 212/SOI/GAECO/2018, notam-se diversas transferências bancárias para a conta do réu, realizadas pelo Coronel QOPM José Augusto Castro Bernardes, lotado no Tribunal de Contas do Estado, as quais, de fevereiro de 2015 a abril de 2016, somam R$ 38.710,00, operações que perduraram até o final de 2017.

Ouvido, o Coronel José Augusto Castro Bernardes aduziu que as transferências se referem a empréstimos tomados junto ao réu.

Os valores envolvidos, sem que se comprove objetivamente qualquer vinculação plausível, servem como elementos atinentes à ligação do réu com os servidores do Tribunal de Contas, a denotar o *modus operandi* com que atuava, a corrupção sistemática voltada ao recebimento de vantagem indevida.

Nesse panorama, por quebra do sigilo bancário do réu (Autos 0009703-15.2018.8.12.0001) foi possível colher informações que comprovam o inexplicável custeio de vultosos gastos diametralmente opostos aos vencimentos legais auferidos na condição de policial militar.

A confirmar, foram colhidos depoimentos judiciais de integrantes do GAECO que participaram das diligências investigativas e forneceram os devidos e válidos relatórios de informação que guarnecem o encadernado.

Ouvido sob o crivo do contraditório, o TCQOPM Lauciney Christian Ramos externou:

> *"que em relação a essa operação citada nos autos, alega que nasceu essa operação a outra (Oiquéticos), com o intuitivo de verificar as movimentações bancárias, sendo afastado o sigilo fiscal, de janeiro de 2015 a abril de 2016 devido a incoerência desses dados; foi afastado também o sigilo telemático; que foram feitas pelos analistas e verificou-se que os gastos feitos eram superiores aos proventos que o apelado recebia da PM e do TCE. Que inicou suas atividades no GAECO no final de janeiro de 2018; que chegou após ter se iniciado a operação oiquéticos e terminou depois que já estava lá; que não fez diligências pessoalmente; que é o chefe de lá e não fez nenhuma análise contábil; os analistas do GAECO é que fizeram."*

Igualmente, mencionou a ST/PM Gisléia Lima Rivarola:

> *"funcionou como analista no caso no período de 2015 a 2016; que foi apurado uma incoerência entre o padrão de vida e os seus proventos; que se recorda que foi detectado uma aquisição de um Jeep Cherokee, 2015, no valor de R$ 215,00 e também uma motocicleta no*

valor de R$ 35.000, afora outras, como uma banheira no valor de R$ 28.000,00, tudo pago em espécie; artigos de luxo, no valor de R$ 25.000,00; que realizou a análise mediante os dados do sigilo bancário, telemático e sigilo fiscal, fornecendo um relatório de informação ao final."

Assim, averiguado o descompasso de despesas com os vencimentos lícitos, o desajustado incremento patrimonial e as aquisições desconformes com os rendimentos, há elementos que comprovam a fonte ilícita para financiar o padrão de vida exacerbado ostentado pelo réu.

Restou comprovado que o réu adquiriu o veículo Jeep Grand Cherokee, 2015/2015, preto, placas QAB-0805, no dia 17 de dezembro de 2015, pelo valor de R$ 215.000,00, sendo que a aquisição foi formalizada apenas por ocasião da declaração de renda de 2017, ano-base 2016.

Nesse aspecto, não se descura da controvérsia que paira sobre a utilidade probatória do denominado *"contrato de compra e venda de veículo usado permuta (f. 57)",* pois formalizado em 13/06/18, muito depois da data em que se efetivara a negociação, bem assim porque apenas o vendedor, Sr. Laercio Padoin, assina o documento.

Contudo, o famigerado documento, realmente não se confunde com contrato de compra venda, tanto que em audiência instrutória o *Parquet* denominou de declaração.

De outro vértice, a despeito da narrativa judicial do réu, também não importa a data em que colocou a venda o veículo em questão - alega ter deixado em consignação em abril de 2018 em uma garagem (f. 662) -, vez que, o que se apura, são as formas e condições de aquisição do Jeep Grand Cherokee, mas não a posterior intenção de venda que o acusado formalizara em 2018.

À evidência, no documento de f. 57 consta que o réu adimpliu o automóvel da seguinte forma: R$ 115.000,00 com seu anterior automóvel Ford Fusion AWD GTDI, 2013/2014; R$ 57.500,00 em espécie na data da compra (17/12/15); R$ 40.000,00 por transferência bancária em 19/01/16 para a conta do vendedor; e, por fim, R$ 2.500,00 novamente por transferência para os mesmos vendedor e conta bancária aos 20/01/16.

De fato, dos dados bancários do réu verificam-se as transferências de R$ 40.000,00 e de R$ 2.500,00 para conta de Laercio Padoin.

Por outro lado, os dados bancários do réu, expostos no Relatório de Informação nº 212/SOI/GAECO (f. 60-138), não comprovam qualquer saque no mês de dezembro de 2015 que possa ter correspondência com o valor de R$ 57.500,00 pago ao vendedor, em dinheiro, na data da compra do automóvel, consoante contratação entabulada.

Ademais, o automóvel Ford Fusion AWD GTDI, 2013/2014, conforme extrato de imposto de renda ilustrado à f. 818, realmente saiu da esfera de bens do réu, mas por transação realizada com Manoel Lima Dourado Júnior, em setembro de 2016.

O réu, por sua vez, sustenta que adquiriu o Jeep Grand Cherokee pelo valor total de R$ 210.000,00 e controverte parcialmente a forma de pagamento.

Diz que pagou R$ 105.000,00, referente à venda do Ford Fusion, R$ 40.000,00 de empréstimo junto a instituição financeira em 18/01/16, transferências para conta do vendedor Laercio Padoin no importe de R$ 16.700,00 e R$ 2.500,00, respectivamente em 17/12/15 e 20/01/16, e, por fim, R$ 45.800,00 em espécie, decorrente do empréstimo de R$ 75.000,00 que fez com seu irmão Adailton Barbosa em janeiro de 2016.

Com relação ao financiamento de R$ 40.000,00 obtido em 18/01/16 por meio bancário, pela modalidade "BB CRED VEIC US PRIVATE/ESTILO", não há divergência com as informações do documento apresentado pelo Ministério Público, pois ali se menciona a transferência de R$ 40.000,00 para a conta de Laercio Pandoin em 19/01/16, o que está em consonância com os dados bancários do Relinfo nº 212/SOI/GAECO.

Pelas mesmas razões, sem controvérsia quanto à transferência de R$ 2.500,00 para conta bancária de Laercio Padoin.

E, no que tange à transferência de R$ 16.700,00 em 17/12/15 para a conta de Laercio Padoin, embora não conste no documento denominado "compra e venda" colacionado pelo Ministério Público, verifica-se verossimilhança da alegação defensiva, pois o Relinfo nº 212/SOI/GAECO confirma que, nesta data, houve referida transação bancária.

Pois bem, relativamente ao valor Ford Fusion, enquanto a acusação diz ter sido entregue para Laercio Padoin como parte do pagamento (correspondente a R$ 115.000,00), o réu defende que realizou ao vendedor do Jeep Cherokee o pagamento de R$ 105.000,00, mas a partir de valor oriundo da venda do Ford Fusion para Manoel Lima Dourado Júnior.

Não passa despercebido que a versão do réu é incongruente e explicar-se-á o porquê.

O imposto de renda ano-base 2016 do acusado, conquanto realmente informe que o Ford Fusion foi vendido para Manoel Lima Dourado Júnior, aponta que a data da negociação ocorrera em setembro de 2016.

Não que isso, por si só, em situação de normalidade, configuraria crime. Nem para o caso ora em apuração é de um todo relevante, pois há provas mais robustas que comprovam a conduta delitiva.

Entrementes, devido a todo cenário, deve sim ser considerado, pois se convola em indício de que o réu realmente optou por não declarar o veículo Jeep Grand Cherokee no devido ano-calendário do imposto de renda, justamente porque sem lastro financeiro para realizar tal aquisição naquele ano de 2015.

Tais peculiaridades, aliás, colocam em xeque a isenção do conteúdo declarado, e mais, não se mostra crível - até porque ausente comprovação em sentido contrário - que a negociação do Jeep Cherokee, iniciada em dezembro de 2015, teria se arrastado até setembro de 2016, conforme quer emplacar o réu.

E isso se evidencia, como já referido, das robustas provas angariadas.

A Autorização para Transferência de Propriedade de Veículo (ATPV), colacionada à f. 58, comprova que Laercio Padoin, aos 07/01/16, já havia formalizado a transferência do Jeep Cherokee ao réu, tanto que nesse sentido é o reconhecimento de firma do 3º Serviço Notarial e Tabelionato de Protesto de Dourados/MS.

Inclusive, perde força a alegação defensiva que busca infirmar o documento apresentado por Laercio Padoin, quando a Defesa sustenta que o réu não teria porque fazer referido negócio em Dourados/MS, pois evidente que daquela comarca era oriundo o veículo em questão.

Além do mais, causa estranheza o fato de o certificado de registro de veículo ser emitido em 06/01/16 e, logo após, aos 07/01/16, ter sido realizada a transferência, o que novamente aponta para tentativa de equalização do imposto de renda, mediante declaração do automóvel no ano-base 2016, pois adimplido com dinheiro de origem espúria.

E não é só. Certamente o vendedor Laercio Padoin, que segundo a própria Defesa relembra é *"comerciante de veículos (f. 641)"*, não entregaria a Admilson, em 07 de janeiro de 2016, a Autorização para Transferência de Propriedade de Veículo (ATPV), se já não houvesse o réu quitado a dívida.

Mas o réu, novamente, prefere ficar no âmbito das conjecturas, ao sinalizar que utilizou de valor da venda do Ford Fusion, supostamente realizada para terceiro em setembro de 2016, como parte do pagamento da dívida do Jeep Cherokee.

Ora, a transferência do Jeep Cherokee para o acusado ocorrera em 07 de janeiro de 2016, ou seja, data em que, nos termos da forma de pagamento apresentada por Admilson, havia transferido para conta do vendedor Laercio Padoin apenas a quantia de R$ 16.700,00, valor que sequer alcança 10% da negociação.

Certo, então, que em setembro de 2016, quando supostamente vendeu o Ford Fusion, não o fez para pagar o restante do Jeep Cherokee, mesmo porque, àquela altura, já estava, há muito, com este último veículo transferido para seu nome, podendo se concluir que o vendedor não faria a transferência (em 07/01/16) se o réu ainda estivesse devendo algo em torno de R$105.000,00.

Se o que se alega fosse verídico, bastaria comprovar, através de documentação de transferência veicular, a data de venda, forma de entrada e de repasse do valor resultante do compra e venda do Ford Fusion.

Enfim, incontestável que o réu, em 2015, usando de valores advindos de corrupção que praticara naquele ano, comprou o veículo Jeep Grand Cherokee, de sorte que, por ausência de caixa para legalizar a aquisição no calendário fiscal correspondente, enredou forma de declarar o bem no imposto de renda ano-base 2016.

Não bastasse, na vã tentativa de sustentar a estória, o réu propala que o restante do débito para fechar as contas da aquisição do Jeep Grand Cherokee teria sido pago mediante empréstimo concedido pelo seu irmão Adailton Barbosa.

Outra vez, indiscutível que, em princípio, não há crime de corrupção se o réu empresta valor de parente. Mas, nas circunstâncias obscuras em que adquiriu o veículo, não é porque mera alegação defensiva caí como um luva que, de fato, é a verdade.

Portanto, a demonstrar a veracidade do alegado pelo réu, deveria ser apresentado algum elemento que evidenciasse a transição de valores da esfera patrimonial do irmão Adailton para o réu Admilson. Mas, como de se esperar, nada há, além de, novamente, meras alegações.

Difícil não seria comprovar as saídas e entradas de dinheiro em espécie, de sorte que, se assim optou-se por não se fazer, certamente o é porque licitude não há.

Aliás, não se questiona o sucesso empresarial de Adailton e sua capacidade financeira, mas não basta colacionar os demonstrativos do imposto de renda do irmão para os fins colimados neste encadernado, pois não é ele, Adailton, que está sob investigação, mesmo porque dos dados fiscais dele não constam quaisquer disposições patrimoniais ao réu.

A corroborar a narrativa de ajustamento de valores para aquisição do Jeep Grand Cherokee, preferiu o réu valer-se apenas de sua versão, aliando o discurso com a narrativa do irmão Adailton, que, como cediço, para fins probatórios, não passa de mero informante, pelo que, para corroboração, imprescindível se revelaria documentação ou outro elemento a dar sustentáculo e servir como meio de prova.

Como seria de se esperar, na condição de irmão do acusado, Adailton, em juízo, externa que teria emprestado diversas quantias a Admilson. Disse que mensalmente disponibiliza em torno de R$ 4.000,00 para a mãe, ao passo que esse valor seria, conforme se demonstrará, o meio pelo qual Admilson compensaria os empréstimos tomados com Adailton,

Adailton afirma que tinha sobra de caixa de 24 a 25 mil reais, não sabe ao certo se no final de 2014 ou no começo de 2015. Admilson estava reformando a casa e Adailton presenteou-lhe com esse valor em razão dos cuidados extras que o acusado tinha com a genitora, sob a condição de que Admilson ficaria com a responsabilidade de arcar com outras despesas que eventualmente a mãe necessitasse.

Depois, disse que, em janeiro 2016, Admilson pediu R$ 75.000,00 em dinheiro emprestado para comprar um veículo e uma moto, pelo que Adailton emprestou o montante, com a condição de que repassaria apenas R$ 2.000,00 mensais para cuidados da mãe, sendo que o réu ficaria com a responsabilidade de custear todas as outras despesas da genitora, a exemplo de médico e qualquer outra situação de emergência.

Após, em meados de 2017, Admilson pediu mais ou menos R$ 40.000,00 para comprar uma moto específica para uma viagem. Ficou combinado que, retornando da viagem, Admilson deveria vender moto ou carro para acertar os empréstimos tirados com Adailton e definir, dali pra frente, como seriam os gastos com a genitora.

Finalizou dizendo que, portanto, seriam dois empréstimos, um de R$ 75.000,00 e outro de R$ 41.000,00, pelos quais Admilson ficou com dívida de R$ 120.000,00, que deveria ir abatendo mediante pagamento mensal a Adailton, depois pela venda de carro ou moto, com a incumbência, ademais, de aportar com outros R$ 2.000,00 mensais para cuidados com a mãe, inclusive com a responsabilidade de arcar com quaisquer outras despesas da genitora.

À evidência, das palavras do informante em juízo percebe-se que, a despeito da tentativa de conferir lastro financeiro para as aquisições do irmão, Adailton, involuntariamente, coloca em ênfase a própria impossibilidade econômica de Admilson para concretizar o custo de vida que ostentava.

É que, ainda que Adailton tenha fornecido empréstimos ao réu, não teria como Admilson, diante da saturação observada pelo desequilíbrio de despesas e receitas já evidentes naquele ano de 2015, viabilizar aquisições, gastos voluptuários, manutenção das contas ordinárias, pagamento dos valores consignados em bancos e de empréstimos tomados com o irmão e, além disso, despender de quantia mensal para os cuidados com a mãe.

Não bastasse, Adailton, questionado, não soube explicar a razão por não passar pelo sistema bancário os valores mensais que menciona dar mensalmente à genitora, que optava por trazer as quantias em espécie de Porto Velho/RO. Disse que não declarou no imposto de renda os empréstimos que fez para Admilson. Aduz que os R$ 75.000,00 trouxe de Porto Velho/RO a Campo Grande/MS, em viagem que realizou de carro, acompanhado apenas de sua esposa. Ao final, redarguido, Adailton confirma não ter qualquer prova documental a corroborar os alegados empréstimos que fez para Admilson.

De toda evidência, as declarações de imposto de renda de Adailton, relativas ao período que alega ter emprestado ao irmão (anos-calendário 2015 e 2016, *vide* f. 673-680 e 681-689), não indicam o suposto repasse de R$75.000,00 a Admilson.

Pelo contrário, conquanto tenha consideráveis bens e direitos declarados, levando-se em conta as entradas (rendimentos) e saídas (despesas) de valores, sequer haveria espaço contábil para Adailton proceder ao referido empréstimo, ainda que a pretexto de sobra de caixa, que, independentemente da denominação conferida pelo informante, jamais significa valor que prescinda de declaração.

Por oportuno, abre-se um parêntese, neste momento, para o fim de consignar que, mais a frente, na apreciação da aquisição da banheira de hidromassagem, demonstrar-se-á, com mais detalhes, que tais empréstimos, supostamente tomados com Adailton, não são constatáveis dos documentos colacionados pela própria Defesa (declarações de imposto de renda).

Somando-se ao que exposto até aqui a respeito da origem espúria decorrente de vantagem indevida auferida para aquisição do veículo Jeep Grand Cherokee, há oitiva do réu, em fase procedimental (f. 261), que destoa completamente da posterior versão apresentada.

Naquela ocasião inicial de colheita de elementos, o réu, diversamente do que posteriormente alegou e da tese defensiva suscitada, em total discrepância com as provas acostadas, disse (a partir dos 16 min) que o Jeep Cherokee foi adquirido em uma garagem em Dourados/MS, onde teria entregado o Ford Fusion, ao passo que o débito restante teria sido adimplido por financiamento bancário, pelo que pagava em torno de R$ 2.000,00 por mês, sendo que toda essa transação teria sido declarada em seu imposto de renda.

Ou seja, ausente qualquer linha lógica nas alegações do réu e sem liame com as teses da Defesa, a evidenciar que as incoerências são, de fato, subterfúgios para ocultar a obscura verdade da aquisição do Grand Jeep Cherokee.

Disso exsurge que caí em descrédito a alegação de que Admilson declarara corretamente no ano-base de 2016 o veículo Jeep Grand Cherokee, em razão de supostamente ter findado o pagamento apenas em 2016, sendo coerente suscitar que assim agiu pela ausência de espaço contábil para declaração no ano de 2015.

Não fossem provas indiciárias e elementos submetidos ao contraditório bastantes, impossível se arredar da conclusão no sentido de que os pagamentos em espécie para compra do Jeep Grand Cheroke não partiram dos ganhos legais do réu, do que desponta, indene de dúvida, que se trata de quantia oriunda de propina.

Logo, os elementos informativos, o conjunto de indícios e, sobretudo, as provas colhidas sob crivo do contraditório são suficientes a demonstrar que a aquisição do Grand Jeep Cherokee se deu, em parte, mediante vantagem indevida auferida pelo réu na função de policial militar, infringindo, assim, dever funcional.

No tocante à motocicleta Harley Davidson, ano e modelo 2011, placas NRR-8553, chassi 9321JN5J6BDO4B799, cor prata, consta do imposto de renda ano-base 2015 que o apelado Admilson teria adquirido pelo valor de R$ 35.000,00 de Denis Peixoto Ferrão Filho.

Igualmente, os elementos produzidos evidenciam que a aquisição foi através de vantagem indevida fruto de corrupção passiva praticada pelo réu.

Em seu interrogatório, o réu alega que pagou a motocicleta com entrada e o restante mediante poupança pessoal que fez através de vários saques efetuados de sua conta bancária no ano de 2014.

Na tentativa de comprovar tal negociação, a tese defensiva parte do princípio de que o réu deu R$ 15.000,00 de entrada e o débito foi adimplido em dinheiro em 2016, por retiradas de pequenas quantias de sua conta bancária, de fevereiro a maio de 2014, somando R$ 19.500,00 (*vide* f. 705-706 e 644) .

Soa estranho e inimaginável que o acusado, prevendo uma eventual compra futura em 2015, tenha dado início a saques em 2014 para pagamento de alguma coisa que ainda nem sabia, cujo valor até então desconhecia, à justificativa de que assim agia, mediante retiradas bancárias, para poupar pessoalmente, em vez de deixar a quantia na instituição financeira.

Ademais, o Relinfo nº 212/SOI/GAECO/2018 não aponta quaisquer transferências bancária do réu para Dênis Peixoto Ferrão Filho durante 2015 e 2016, mas apenas a partir do segundo semestre de 2017 (f. 68-69).

Por sua vez, Dênis Peixoto Ferrão Filho, em juízo, asseriu que a motocicleta Harley Davidson foi vendida para o réu em 2015, não se lembrava ao certo do valor e forma de pagamento, mas acredita que foi R$ 35.000,00 parcelados.

O réu, em juízo, admite a compra, sendo que teria pago R$ 16.000,00 em dinheiro, no segundo semestre de 2015, sendo que o restante de R$ 19.500,00 foi adimplido no primeiro semestre de 2016.

Ainda que sejam verídicas as supostas retiradas em valores pequenos que serviram para quitar o débito (R$ 19.500,00) da motocicleta a Dênis - o que não é crível -, deveria, pelo menos, haver alguma retirada da conta bancária do réu, concernente a parcela de entrada de R$ 16.000,00 que teria adimplido no segundo semestre de 2015.

Sequer a documentação de transferência da motocicleta, tampouco algum documento comprobatório de eventual depósito realizado por Dênis em sua conta bancária relativamente aos recebimentos parcelados ou à entrada, foram apresentados.

É certo que ao órgão que acusa incumbe trazer provas da materialidade e da autoria, as quais aqui não falta. Mas, igualmente, não basta a Defesa apenas valer-se da máxima que o Ministério Público deve comprovar, achando que pode ficar inerte e apenas suscitar teses exculpantes ou justificantes, esperando que novamente a acusação comprove que as alegações defensivas não se sustentam.

A distribuição do ônus probatório é clara, o que se alega deve ser comprovado. Não basta defender-se por negativas e teses, sem nada que comprove ou corrobore as versões.

Nesse diapasão, se a Acusação traz elementos no sentido de que o réu, servidor público, não tinha espaço financeiro para determinadas aquisições que fez de janeiro de 2015 a abril de 2016, a Defesa não pode tão somente limitar-se a alegar sobre a forma como ele adquiriu os bens.

Dentro desse contexto, não há sentido em se exigir que o Ministério Público, após apresentar os elementos probantes que formaram sua *opinio delicti*, tenha que proceder à busca de provas também a respeito das negativas do réu, pois seria o mesmo que exigir prova de dificílima ou impossível produção a uma das partes, em verdadeira ofensa à paridade de armas.

Como verberado ao longo desta, a característica do crime de corrupção é a clandestinidade, com emprego de sofisticados meios, inviabilizando atribuir à acusação maior *onus probandi*, com vistas a demonstrar que sua prova apresentada, ao ser contraposta por mera argumentação da defesa, deve ser submetida a contraprova ou provada por outro elemento que visa comprovar a versão negativa.

Se assim fosse, permite-se que o réu fique inerte e exige-se que a acusação esteja sempre em busca de outras formas de provas, inclusive para o fim de comprovar que os argumentos da defesa não são passíveis de serem provados, constituindo-se, assim, verdadeira prova diabólica.

Por isso então, realça-se que não é impossível à Defesa apresentar documentos acerca das negativas que apresenta, a exemplo, como já destacado, de documentos de transferência da motocicleta, de depósitos ou saques bancários, da origem primitiva dos valores, etc.

Em verdade, desse panorama, o que desponta, novamente, é o ciclo de ilicitude em que o réu estava inserido, pois, sem lastro para aquisição através dos rendimentos legais aferidos, pois saturada a sua contabilidade referente ao ano-base 2015, no que engendrou descabida forma de pagamento da motocicleta Harley Davidson, sem, todavia, apresentar nenhum documento comprobatório de suas alegações.

Frisa-se que o fato de ter declarado em seu imposto de renda não é prova suficiente a demonstrar a origem lícita dos valores que serviram para pagamento da Harley Davidson.

No mesmo eixo, a acusação vale-se de argumento tampouco relevante, de que o réu, tempo depois, em 12/05/16, teria vendido a motocicleta por valor acima do que pagara, o que não conduz, per si, a suposto crime, pois nada impede tal prática.

De todo modo, considerando os rendimentos e despesas declarados pelo réu em 2015, aliando-se aos gastos cotidianos mensais, bem como o estilo de vida ostentado, não há margem para aquisição da motocicleta enfocada da forma como feito.

Enfim, em razão das ligações espúrias com Dênis Peixoto Ferrão Filho - por isso cita-se, nesse sentido, a existência insustentável das cártulas promissórias - e diante da ausência de comprovação da origem lícita do valor pago pela motocicleta, já que o réu estava sem respaldo financeiro para adquirir a Harley Davidson no ano de 2105, fica claro que a negociação às escuras, sem o trâmite normal, conduz à convicção de que a compra é fruto de propina recebida em 2015.

No que tange à banheira de hidromassagem "spa marilyn 2,20 x 2,20, suprema em acrílico branco", da mesma forma, não se apresenta origem lícita para a aquisição.

Com efeito, a banheira foi adquirida, à vista, em espécie, aos 27/02/15, da empresa Riolax Campo Grande, e isso não se controverte.

Contudo, enquanto o Ministério Público, com amparo em *e-mails* trocados entre o réu e a empresa que forneceu o produto, sustenta que o valor pago seria de R$ 28.000,00, a Defesa, por sua vez, aduz que a aquisição foi por R$ 23.000,00, apresentando nota fiscal (f. 711).

Diante da nota fiscal apresentada, não há o que se contestar a respeito do verdadeiro valor pago pela banheira, no entanto, isso não confirma que o aquisição ocorreu com dinheiro decorrente de fonte lícita.

Como assaz frisado, no ano-base 2015 o réu não gozava de espaço fiscal para aquisição correspondente a R$ 23.000,00 em espécie.

No Relinfo nº 78/SOI/GAECO/2018 ficou demonstrado que o réu, nos meses de fevereiro e março de 2015, período de aquisição da banheira, não movimentou valor correspondente ao que aponta a nota fiscal trazida pela Defesa.

Ocorre que, como de se esperar, a narrativa é de que o valor utilizado para aquisição da banheira seria proveniente de doação do irmão, conforme o réu sustentou em seu interrogatório judicial.

Não há como se esquecer, contudo, que, anteriormente ouvido na fase investigativa, o réu apresentou versão dispare, sustentado que, para aquisição da banheira, financiou valor para reformar a residência, bem como tinha dinheiro para tanto (arquivo audiovisual de f. 261 – 17min30seg).

De outra banda, ouvido em juízo, na condição de informante, Adailton, irmão do réu, tenta confirmar a versão defensiva da fase instrutória, afirmando que tinha conhecimento que Admilson estava reformando a residência, de modo que, pelos cuidados do réu com a genitora, presenteou-lhe com quantia proveniente de sobra de caixa, justamente de R$ 24.000,00 ou R$ 25.000,00, referente ao final de 2014 ou começo de 2015.

A Defesa, por sua vez, para corroborar e demonstrar a capacidade financeira de Adailton, carreou aos autos os seus demonstrativos de imposto de renda (f. 665-704).

Consigna-se, de novo, que as possibilidades econômicas de Adailton não estão em discussão e, de todo modo, suas declarações não confirmam a alegada doação, tampouco a existência da denominada sobra de caixa de R$ 24 a 25 mil reais, seja no ano-base 2014 ou, ainda, no 2105.

Consoante f. 668, no ano-calendário 2014, exercício 2015, Adailton, no campo *"declaração de bens e direitos"*, indicou que tinha R$ 54.620,00 em 31/12/14, como sendo *"dinheiro em meu poder em moeda corrente do país."*

Tal valor, além de não corresponder aos aventados 24 a 25 mil reais que teria presenteado o irmão, de não ter sido declarado como doação, sequer teria saído da esfera de bens e direitos de Adailton.

É que, conforme f. 677, no ano-calendário 2015, exercício 2016, em vez de o campo *"dinheiro em meu poder em moeda corrente do país"* ter diminuído, ou seja, ficando inferior aos declarados R$ 54.620,00 em 31/12/14, já que teria presenteado o irmão com 24 a 25 mil reais, ocorreu o contrário.

De forma inexplicável, apreende-se que, em 31/12/15, declarou nos bens e direitos a quantia de R$ 256.980,00 como *"dinheiro em meu poder em moeda corrente do país"* (informalmente conhecida como sobra de caixa).

Repita-se: de forma inexplicável, porquanto, ao analisar toda declaração de imposto de renda ano-calendário 2105, exercício 2016 (f. 673-680), não se constatou de onde teria advindo o incremento do dinheiro em moeda corrente.

Isso porque, no ano-base 2015, Adailton auferiu R$ 446.640,00 (R$ 391.640,00 + R$ 55.000,00) a título de *"rendimentos isentos e não tributáveis"* decorrentes de *"lucros e dividendos recebidos pelo titular"*, bem como R$ 37.036,00 (R$ 9.456,00 + R$ 9.456,00 + R$ 9.456,00 + R$ 8.668,00) referentes a *"rendimentos tributáveis recebidos de pessoa jurídica"*.

Partindo desses valores, sem considerar eventuais descontos, Adailton teve rendimentos totais de R$ 483.676,00.

Pois bem, conforme declaração de bens e direitos Adailton despendeu numerário para adquirir cotas de empresa por R$ 595.000,00, teve despesas de R$ 125.678,00 com reforma de imóvel e de R$ 62.796,54 com aquisição de imóvel, totalizando saída de R$ 783.474,54, ou seja, superior à entrada de R$ 483.676,00.

Ademais, Adailton não alienou em 2015 quaisquer dos bens declarados no ano-calendário 2014.

Então, por si sós, as entradas já são inferiores às saídas, de sorte que, como dantes consignado, sequer teria de onde advir o aumento de R$ 202.360,00 no "*dinheiro em meu poder em moeda corrente do país*", referente à diferença entre 31/12/14 a 31/12/15 (R$54.620,00 e R$256.980,00, respectivamente).

E, por lógica, não pode ter emprestado qualquer quantia para o réu a título de sobra de caixa, pois, se assim fizesse, haveria ainda mais saída monetária em 2015, impingindo inclusive maior desequilíbrio nas despesas e rendimentos de Adailton.

Essa digressão aritmética, longe de configurar devassa aos dados fiscais do informante, pois já frisado que não é investigado, serve unicamente para afastar a tese defensiva de que as declarações de imposto de renda de Adailton comprovariam os supostos empréstimos concedidos ao réu.

Enfim, embora não se discuta que Adailton tenha considerável patrimônio, o imposto de renda não comprova que ele teria como emprestar para o réu Admilson, no final de 2014 ou começo de 2015, os 24 ou 25 mil reais.

E, nesse momento, retoma-se o parênteses que se consignou na apreciação da aquisição do Jeep Cherokee, pois explicado detalhadamente o motivo pelo qual não haveria como Adailton realizar empréstimos ao réu, situação que culmina em convicção segura de que, na condição de informante, aderiu à narrativa defensiva com a finalidade de auxiliar o irmão, postura que, a essa altura, cientes das consequências e responsabilizações penais que se avizinhavam, já era de se esperar, tendo em vista vínculo consanguíneo e laços inerentes ao parentesco.

Destarte, sendo incontroverso que o réu pagou em espécie e à vista a banheira de hidromassagem em 2015, sem que tivesse sobras de rendimentos para tanto, o fez, consoante provas coligidas e argumentação suficientemente demonstrada, com verba de propina que recebeu na função pública exercida.

No que atine às demais aquisições e gastos apontadas pela acusação, a pretensão de vincular os pagamentos a valores fruto de corrupção não comporta guarida.

Em decorrência da quebra de sigilo telemático do réu, o órgão ministerial, a partir de nota fiscal, cupom fiscal, fotografia, arquivo de dados e trocas de *e-mail* sugere que Admilson teria feito as seguintes aquisições: a) produtos de luxo na loja Prada Brasil Importação e Comércio de Luxo LTDA, em 31/10/15, por R$ 25.780,00; b) bicicleta Specialized Stumpjumper FSR, em 21/07/15, por R$ 11.000,00; c) produtos de luxo na loja Talent Comércio de Canetas e Relógios, em 31/10/15 e 06/11/15, por R$ 6.865,00; d) viagens e bens de luxo diversos: TV 55", LED, 3D, 4K, Samsung, por R$ 5.999,00, ducha Advance Sodramar, por R$ 3.500,00, e uísque Royal Salute, por R$ 1.701,78.

Os gastos com itens da grife Prada seriam referentes a vestido no valor de R$ 10.980,00, bolsa de R$ 9.530,00, sapato de R$ 3.400,00 e camisa de R$ 2.050,00.

O Ministério Público, por meio de quebra de sigilo telemático, acessou a troca de *e-mail* entre o réu e a empresa Prada Brasil Importação e Comércio de Artigos de Luxo LTDA., alcançando, também, a nota fiscal da compra efetivada em 31/10/15.

Assim, afirma que não há correlação do custeio dos produtos com a movimentação financeira do réu.

Contudo, o réu, em juízo, afirma que pagou parte desse valor, através de parcelamento por cartão de crédito, ao passo que outra quantia foi adimplida em espécie, bem como que sua esposa, Sra. Cludia, teria custeado parte dessa compra.

A corroborar, tem-se o relato da Sra. Cláudia, na fase investigativa, quando declarou que, além de laborar como advogada, tinha cargo comissionado no Tribunal de Contas do Estado, de modo que teria pago com economias próprias o vestido, para usar em um casamento, ao passo que os demais produtos foram comprados pelo réu.

Enfim, não foi apenas o réu que custeou a compra desses produtos, mesmo porque, a confirmar a forma de pagamento, há citação no interrogatório judicial do réu acerca de dois parcelamento via cartão de crédito, um de 10 vezes de R$1.043,00 e outro de 5 vezes de R$1.000,00, o que, embora tenha sido desconsiderado pela acusação, foi noticiado pela defesa, no sentido de que anteriormente já apresentara, nos Autos nº 0900333-84.2018.8.12.0001, cópia dos respectivos comprovantes, aliás, colacionados à f. 647.

Indica-se, ainda, a aquisição da bicicleta marca "specialized stumpjumper fsr", em decorrência da quebra de sigilo telemático, onde foi encontrada nota fiscal referente à compra datada de 21/07/15, no valor de R$ 11.000,00, junto à empresa Gilmar Bicicletas.

Da mesma forma, aponta-se gastos de R$ 6.865,00 com artigos de luxo na empresa Talent Comércio de Canetas e Relógios, realizados em 31/10/15 e 06/11/15, consistentes em uma pasta marca "mont blanc" no valor de R$ 4.100,00, cinto de R$ 1.115,00 e abotoadura de R$ 1.650,00.

Faz-se alusão, ademais, a viagens, compras de televisão da marca "samsung" por R$ 5.999,00, ducha marca "sodramar" por R$ 3.500,00 e uísque marca "royal salute" de R$ 1.701,78.

Pois bem. As citações a tais gastos são aleatórias, unicamente por se ter encontrado algum tipo de comprovação das aquisições, sequer são precisamente apresentados dados a corroborar a imputação respectiva.

Ao ser ouvido, o réu menciona que realmente adquiriu a bicicleta, os produtos na loja Talent, a televisão, ducha e uísque, mas alega que não fez viagens a lazer na época em apuração. Especificamente sobre o uísque, disse referir-se a encontro com um sobrinho em restaurante, sendo que a conta foi dividida por duas pessoas.

Realmente, há prova de que a conta do restaurante foi dividida, mas, a despeito disso, a acusação preferiu imputar a integralidade do pagamento ao réu.

A esposa do réu, Sra. Claudia Mara Tumeleiro, ouvida no âmbito procedimental, afirma que não fez viagem internacional com o réu, que residem juntos, têm dois carros, trabalha, custeiam as despesas da casa com cartão de crédito e poupa parte de seus rendimentos.

Enfim, diferentemente do que ocorre com o automóvel Grand Jeep Cherokee, com a motocicleta Harley Davidson e com a banheira de hidromassagem, os consideráveis valores não se coadunam com os rendimentos do réu naquele ano de 2015, não há correspondência com as declarações ao fisco, inexiste prova da forma como efetivamente adquiridos, as alegações de empréstimos tomados com terceiro não se confirmam, de sorte a confirmar a origem ilícita da verba em espécie utilizada para aquisições.

Por outro lado, as compras de itens para uso ou de consumo, a exemplo de esportivo, vestuário, eletrônicos, bebida alcoólica e eventualmente viagem são perfeitamente possíveis de serem custeadas com a renda familiar.

Não é porque muitos se tratam de produtos de luxo que o réu e a esposa não poderiam adquiri-los, mormente porque, sem demonstração de demais elementos a corroborar a alegada origem ilícita do dinheiro utilizado para compra, imperioso presumir, por se tratar de bens de uso e consumo, que foram pagos com valores provenientes de economias do casal.

Forçoso notar, ainda, que não são os supostos empréstimos concedidos pelo irmão Adailton que possibilitariam tais despesas, mesmo porque, conforme assaz referido alhures, sequer há evidencias de que os mencionados empréstimos ocorreram, daí porque, aliás, caracterizaram-se de origem ilícitas as verbas em espécie que serviram para aquisições do Jeep Cherokee, da moto Harley Davidson e da banheira de hidromassagem.

Nesse ponto, em que pese ser estranha e suspeita a forma de aquisição e gastos referentes aos demais itens, a documentação carreada pela acusação não é suficiente a confirmar que os pagamentos se deram através de valor advindo de corrupção.

A partir dessa assertiva, não pode a condenação lastrear-se apenas em apontamentos vazios, máxime diante da plausibilidade das alegações defensivas e, sobretudo, pela ausência de divergências, tanto que as versões nesse aspecto narradas sequer foram especificamente combatidas pelo *Parquet.*

Aqui, os fundamentos concernentes à distribuição do ônus da prova recaí sobre a acusação, na medida em que o *standard* probatório colimado não é suficiente para convicção segura.

Não se olvide que compete ao Estado, titular da ação penal, a prova dos fatos narrados na peça vestibular.

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."*

Logo, existindo dúvidas, ainda que ínfimas, e estando no terreno das incertezas, vigora o postulado *in dubio pro reo*.

Enfim, conforme demonstrativos de imposto de renda do réu, no ano-base 2015, exercício 2016, os rendimentos brutos declarados são de R$ 305.105,27, concernentes aos vencimentos da polícia militar (R$ 240.572,84) e do tribunal de contas (R$ 64.574,91), dos quais, descontado o IR retido na fonte (R$ 51.384,73) e deduções previdenciárias (R$ 34.856,25), alcança-se rendimento líquido de R$ 218.864,29.

Contudo, na referida declaração de imposto de renda aponta-se, ainda, desconto de pensão alimentícia para Claudia Mara Tumelero Gomes, no valor de R$ 50.000,00, referente a escritura pública de divórcio.

Ademais, há descontos referentes a plano de saúde, no importe de R$ 6.192,67, e a despesas médicas na quantia de R$ 1.260,00.

Após os descontos acima, sobraria, por fim, R$ 161.456,62.

No entanto, referida quantia líquida aferida do imposto de renda do réu no ano-base 2105, onde, como cediço, não se declaram gastos inerentes ao cotidiano, tampouco despesas mensais inerentes à manutenção de residência, filhos, estudos, carros, alimentação, lazer, etc, jamais permitiria custear todas as despensas dantes mencionadas.

Inclusive porque, como consignado ao longo desta, não se pode esquecer que ainda há despesas em 2105 que presumidamente saíram dos rendimentos lícitos do acusado, a exemplo da compra de itens das grifes Prada e Mont Blanc, da bicicleta marca Specialized, televisor de 55 polegadas da Samsung, ducha da Sodramar, viagem e conta de restaurante.

Ademais, essas foram as despesas e aquisições que foram constatadas da quebra de sigilo telemático do réu, de sorte que podem não serem as únicas.

E se torna indiscutível a saturação da capacidade financeira do réu no ano-calendário fiscal 2015, tanto que, ciente, Admilson, para justificar as despesas e aquisições, socorreu-se do irmão Adailton, que, a seu entender, em razão do volume de bens e direitos que têm, poderia conferir credibilidade a tese de empréstimos.

Infeliz engano, pois, valorados os consistentes elementos probatórios amealhados, bem assim após analisar a versão defensiva em cotejo detido com as declarações de renda do irmão Adailton, foi possível sopesar as inverdades apresentadas por Admilson.

E não passa despercebido, de outro prisma, que essa versão de empréstimos com o irmão, na tentativa de justificar legalidade dos gastos descompassados com os rendimentos do serviço público, já foi linha defensiva nos Autos da Ação Penal nº 0900333-84.2018.8.12.0001, onde Admilson também foi condenado por crime de corrupção passiva.

Alfim, em exercício de cognição, ponderados os argumentos e provas, alcança-se convicção no sentido de que o réu, em 2105, adquiriu o Jeep Grand Cherokee, a moto Harley Davidson e a banheira de hidromassagem de forma que não se coaduna com a realidade, mediante pagamentos em espécie, longe, portanto, da normal modalidade de transações comerciais deste naipe.

Deve-se rememorar que se tratar de servidor público, cuja renda legalmente prevista não oscila ao longo de apenas um ano, a possibilitar, como quer fazer crer o réu, expensas nos desconformes apresentados, de modo obscuro, em total dissonância com a forma de recebimento dos vencimentos lícitos, pela via do sistema bancário.

Tudo somando, dessarte, impossível conclusão diversa da que se apresenta, porquanto a conduta do réu revela antijuricidade inerente a delitos desse jaez, postura de quem verdadeiramente recebe valores de origem ilícita, em decorrência do tráfico da função pública exercida.

Ato contínuo, importante destacar que a pretensão punitiva visa aplicação da continuidade delitiva, ao argumento de que, entre janeiro de 2015 a abril de 2016, foram diversas condutas de corrupção passiva.

Ab initio, oportuno esclarecer que, conquanto se trata de crime regido pela Lei Penal Castrense, se adotará, para fins de exasperação pela continuidade delitiva, o art. 71 do Código Penal comum.

Isso porque, em consonância com as Corte Pátrias, o art. 80 do Código Penal Militar vai de encontro com a natureza jurídica do instituto, pois prescreve regra de cúmulo material das reprimendas, e não de exasperação, ferindo, assim, a proporcionalidade e razoabilidade que devem nortear a individualização da pena.

Como se sabe, há crime continuado quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão (pluralidade de condutas), pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro.

Trata-se de modalidade de concurso de crimes, na qual estabelece a lei que os delitos da mesma espécie, praticados em condições de tempo, lugar e maneira de execução, devem ser entendidos como infração única para fins de aplicação da pena. Assim é que o agente, com unidade de desígnios, se aproveita de situações consecutivas, especialmente circunscritas, evidenciando o oportunismo propulsor das ações que se seguem à primeira. Imprescindível, ainda, a presença dos requisitos de ordem subjetiva, ou seja, o agente deve agir com unidade de desígnios ou com vínculo entre as ações delituosas, aproveitando-se de situações consecutivas, especialmente circunscritas, a evidenciar o oportunismo propulsor das ações que se seguem à primeira.

A propósito, consoante enfatiza a jurisprudência:

> *"para a caracterização da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal), é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos de ordem objetiva (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e os de ordem subjetiva, assim entendidos como a unidade de desígnios ou o vínculo subjetivo havido entre os eventos delituosos." (HC 132.550/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 02/02/2017).*

Vale destacar que o reconhecimento da continuidade delitiva é denominada pela doutrina e jurisprudência como uma ficção jurídica que, em verdade, visa beneficiar o agente, uma vez que a sua aplicação ameniza o tratamento penal, já que as penas dos delitos não serão somadas.

Sobre o assunto, anota Cleber Masson:

> *"Para a teoria da ficção jurídica, desenvolvida por Francesco Carrara, como seu próprio nome indica, a continuidade delitiva é uma ficção criada pelo Direito. Existem, na verdade, vários crimes, considerados como um único delito para fins de aplicação da pena.53 Os diversos delitos parcelares formam um crime final. Foi a teoria acolhida pelo art. 71 do CP. A unidade do crime continuado se opera exclusivamente para fins de aplicação da pena."* (Código penal comentado. 2. ed. 2014. p. 428)

Na hipótese em análise, como visto, presentes a pluralidade de condutas, as circunstâncias semelhantes de data e local, valendo-se o agente da mesma forma de execução, com unidade de desígnios e liame causal nas empreitas criminosas, incidindo, por corolário, a regra da continuidade delitiva genérica, prevista no *caput* do art. 71 do Estatuto Repressor.

Colaciona-se, sobre o tema, a orientação jurisprudencial desta Corte Estadual: *"Tratando-se de crimes de mesma espécie, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, configura-se crime continuado previsto no art. 71 do CP."* (TJMS. Apelação n. 0023450-71.2014.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Geraldo de Almeida Santiago, j: 28/03/2017, p: 30/03/2017).

De acordo com o art. 71, *caput*, do Código Penal, constatada a continuidade delitiva genérica de crimes idênticos, aplica-se a pena referente a um só delito, todavia, aumentada de 1/6 a 2/3.

Embora se possa afirmar, mediante comprovação probatória nos autos, que foi mais de uma conduta durante o período apontado na denúncia, não se pode descartar, por outro lado, a imprecisão do número de vezes que o réu recebeu vantagem indevida.

Portanto, apenas se apontar que foram por diversas e seguidas vezes não autoriza incremento máximo de 2/3 pela continuidade delitiva.

De outro vértice, certo é que o acréscimo mínimo também não se revela adequado, à medida que, como asseverado, não foi apenas uma conduta antijurídica que o ré perpetrou.

Logo, tanto a fração de 1/6 como a de 2/3 não externariam a realidade fática-probatória constatada, de modo que, se aplicadas, externariam vilipêndio ao postulado da individualização da pena.

Partindo dessas premissas, a eleição da fração deve ser calcada em elementos concretos vislumbrados do encadernado, de sorte que, das várias imputações de aquisições e gastos que seriam oriundos de vantagens indevidas recebidas pelo réu em decorrência das condutas de corrupção passiva, apenas três, relativamente ao Jeep Cherokee, à moto Harley Davidson e à banheira de hidromassagem foram reconhecidas neste *decisum*.

Aliás, tais aquisições são relativamente espaçadas, a denotar que, de uma única propina para adquiri-las não se trata, mas, sim, de pelo menos três recebimentos pecuniários indevidos.

A exasperação da pena, então, deve levar em conta o número de infrações penais cometidas no caso concreto, tendo como parâmetro o intervalo legal de 1/6 a 2/3.

Neste panorama, o Superior Tribunal de Justiça *"possui o entendimento consolidado de que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5 para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações."* (*HC* 289.310/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, j. 04/04/17).

Destarte, reconhece-se a continuidade delitiva, cujo aumento daí decorrente, por se tratar de três corrupções passivas, deve ser à razão de 1/5.

Logo, por tudo que foi alinhado, a parcial procedência da pretensão punitiva estatal é medida que se impõe.

Perda do cargo:

Evidente que o crime perpetrado pelo apelado (corrupção passiva), em continuidade delitiva, além de extremamente grave, demonstra que sua vida regrada pelos deveres, preceitos e disciplina da instituição policial restaram insuficientes para garantir-lhe o respeito à ética, às leis e aos vínculos morais que o ligam à comunidade em geral.

Da Lei Complementar Estadual nº 53/90 (Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Mato Grosso do Sul), emanam os deveres, a conduta, a disciplina que os integrantes das fileiras militar devem atender, cumprir e submeter-se:

> *"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:*
>
> *(...) IV - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes;*
>
> *(...) XIII - proceder de maneira ilibada na vida pública e particular;*
>
> *(...) XVI - conduzir-se mesmo fora do serviço ou na atividade, de modo que não sejam prejudicados os princípios da disciplina, do respeito e do decoro policial-militar;*
>
> *XVII - abster-se de fazer uso do posto ou da graduação para obter facilidades pessoais de qualquer natureza ou para encaminhar negócios particulares ou de terceiros;*
>
> *XVIII - zelar pelo bom nome da Polícia Militar e de cada um dos seus integrantes, obedecendo e fazendo obedecer aos preceitos da ética policial-militar.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 28 - Os deveres policiais-militares emanam de vínculos racionais e morais que ligam o policial-militar à comunidade e a sua segurança, e compreendem essencialmente:*
>
> *I - a dedicação ao serviço policial-militar e a fidelidade à instituição a que pertencem, mesmo com o sacrifício da própria vida;*
>
> *II - a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias;*
>
> *III - a disciplina e o respeito à hierarquia;*
>
> *IV - o rigoroso cumprimento das leis e ordens."*

Destarte, a conduta praticada pelo representado fere, à evidencia, os preceitos alhures gizados, notadamente, o de *"cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes"*; bem como "*proceder de maneira ilibada na vida pública e particular; 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*; *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"*; e, ainda, *"zelar pelo bom nome da Polícia Militar e de cada um dos seus integrantes, obedecendo e fazendo obedecer aos preceitos da ética policial-militar."*

Além disso, também infringe gravemente os deveres previstos no artigo 28 do diploma legal enfocado, especialmente no que diz respeito à probidade e à lealdade em todas as circunstâncias, e o rigoroso cumprimento das leis e ordens.

Ademais, o policial militar que pratica crime de corrupção passiva, utilizando-se das facilidades proporcionadas por sua função, abala, sem sombra de dúvidas, a credibilidade que a sociedade deposita nos agentes policiais e na instituição a que pertencem, acarretando a conspurcação da imagem e a instabilidade da paz pública, revelando a necessidade de sua exclusão do quadro da Corporação.

A função social do policial militar é justamente prevenir e reprimir a pratica de delitos, e, assim, zelar pela harmonia e segurança social, razão pela qual não há que se permitir que permaneça em seus quadros pessoas que ostentem o perfil ora demonstrado pelo representado, o que somente reforçaria o sentimento de impunidade e descrédito nas instituições públicas estabelecidas.

A despeito dos longos serviços prestados, bem como a ficha funcional demonstrando os vários elogios recebidos, o crime a que foi condenado não há que ser ignorado, e sequer reputado insignificante, já que o delito de corrupção passiva é, sabidamente, grave, e compromete a credibilidade da sociedade frente à instituição da polícia, além de enriquecer ilicitamente o agente, torna impune outras pessoas envolvidas, aumentando, por conseguinte, a criminalidade.

Nessa esteira, inevitável concluir-se que o representado ostenta perfil incompatível com os postulados éticos e morais exigidos para o exercício da função.

Em caso semelhantes já se manifestou este Sodalício:

> *"REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – DECLARAÇÃO DE PERDA DA GRADUAÇÃO DE PRAÇA – CRIME DE CONCUSSÃO – POLICIAL MILITAR COM BOA CONDUTA – CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE A EXCLUSÃO – CONDUTA CRIMINOSA QUE OFENDE O PUNDONOR, A ÉTICA PROFISSIONAL E A FUNÇÃO SOCIAL DO POLICIAL MILITAR – REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.*
>
> *Ainda que existentes circunstâncias favoráveis em relação à vida profissional e pessoal do representado, o cometimento do crime de concussão, indica o grave desrespeito ao pundonor, à ética e à função social do policial militar, impossibilitando a permanência do miliciano nos quadros da Polícia Militar. Declaração de Perda de Posto e Patente dos Oficiais e Graduação das Praças que se defere, ante a caracterização da incompatibilidade do representado para o exercício da função estatal."* (Representação Criminal/notícia de Crime - Nº 1413325-23.2018.8.12.0000 - Campo Grande Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. 2ª Câmara Criminal. 9.7.2019).
>
> *"REPRESENTAÇÃO CRIMINAL – DECLARAÇÃO DE PERDA DE GRADUAÇÃO DE PRAÇA – PRELIMINARES DE CARÊNCIA DA AÇÃO E SUSPENSÃO DO PROCESSO – REJEITADAS – MÉRITO REQUERIDO CONDENADO DEFINITIVAMENTE PELO CRIME DE PECULATO FURTO – POSTERIOR CONDENAÇÕES POR OUTROS CRIMES MILITARES – MANIFESTA OFENSA AO PUNDONOR POLICIAL MILITAR – INDIGNIDADE PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO RECONHECIDA – PLEITO DEFENSIVO DE CONCESSÃO DA REFORMA – IMPOSSIBILIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – JULGAMENTO PROCEDENTE.*
>
> *Nos termos da remansosa jurisprudência desta Corte de Justiça, a reforma posterior ao crime praticado pelo réu não impede a ação declaratória de perda de graduação.*
>
> *A suspensão de processos cuja matéria foi afetada em sede de reconhecimento de repercussão geral, prevista no § 5º do art. 1.035 do CPC não consiste em consequência automática e necessária do reconhecimento da repercussão geral realizada, sendo da discricionariedade do relator do recurso extraordinário paradigma determiná-la ou modulá-la (RE 966177)*
>
> *O policial militar que no exercício da função comete crime de especial gravidade, a saber, peculato furto, fere os deveres funcionais a que se comprometeu cumprir e, via de consequência, o pundonor policial militar, não sendo digno de permanecer como membro das fileiras da Corporação.*
>
> *Nos termos do recente entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário n.º 609826, não é possível transferir ou manter o requerido para reserva remunerada, ante a sua manifesta inconstitucionalidade, já que fere de morte o disposto no art. 125, § 4º, da Constituição Federal e o princípio da separação dos poderes.*
>
> *Representação Criminal pela Perda de Graduação da praça que se julga procedente, para o fim de excluir o requerido das fileiras da Corporação Policial Militar, ante a manifesta indignidade para o exercício da função."* (Representação P/ Perda da Graduação - Nº 1412323-18.2018.8.12.0000 - Campo Grande. Rel. Des. Geraldo de Almeida Santiago. 1ª Câmara Criminal. 19.3.2019).

Nesse contexto, se afigura inevitável o acatamento do pedido de exclusão das fileiras da Corporação Policial Militar, consoante formulado pelo *Parquet* Estadual.

Dosimetria:

O crime de corrupção, conforme preceito normativo secundário do art. 308 do Código Penal Militar, comina, em abstrato, pena reclusiva *"de dois a oito anos."*

Na primeira fase, a reprimenda deve ser elevada um pouco acima do mínimo legal.

O *caput* do art. 69 do Código Penal Militar elenca as circunstâncias a serem aferidas pelo julgador para fixar a pena-base, *in litteris*:

> *Art. 69. Para fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime."*

Em análise dos elementos colhidos nesse encadernado, verifica-se que a gravidade do crime desborda da normalidade, na medida em que se aproveitou de cedência para o Tribunal de Contas deste Estado para, em vez de exercer suas atribuições públicas, criar vínculos e perpetrar os delitos, maculando além da imagem da nobre Corte a da Instituição Castrense.

De igual modo, deve ser desqualificada a atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime, porquanto, a despeito das provas produzidas, o réu, embora não fosse obrigado a confessar, preferiu, por outro lado, para dar sustentáculo à sua versão, fazer com que o irmão aderisse aos seus argumentos, revelando, assim, nenhum arrependimento das condutas perpetradas, tanto que, em audiência instrutória, por mais de uma ocasião, agiu de forma desmedida, com respostas agressivas, chamou o órgão ministerial de mentiroso, em verdadeiro desrespeito ao ato judicial e aos que ali se faziam presentes.

As demais moduladoras, por ausência de fundamentação que justifique desvaloração, senão argumentos relativos ao próprio tipo penal violado, são consideradas neutras.

Diante dos elementos concretos, colhidos no bojo do encadernado, os quais revelam-se aptos a desvalorar as circunstâncias judicias apontadas, exaspero a basilar em 01 ano, *quantum* suficiente para a reprovação e prevenção inerentes, fixando-a em 03 (três) anos de reclusão.

Na segunda fase, não incidem circunstâncias atenuantes tampouco agravantes.

Na terceira fase, ausente causa de diminuição da pena, mas, por outro lado, conforme fundamentado ao longo deste *decisum*, incide a causa de aumento prevista § 1º do art. 308 do CPM, cuja fração fixa daí decorrente é de 1/3, resultando na pena de em 04 (quatro) anos de reclusão.

Com relação à continuidade delitiva, nos termos da fundamentação que integra esta, restaram configuradas três ações praticadas pelo apelado, no que se exaspera a sanção em 1/5, quedando-se a pena, em definitivo, em 04 (quatro) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão.

O regime de cumprimento da pena será o semiaberto, na forma do art. 33, § 2º,alínea "b", do Código Penal.

Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por privativa de direitos, tampouco o benefício da suspensão condicional da pena, porquanto encontram óbice nos artigos 44 e 77 do Código Penal, pois a pena aplica supera os limites exigíveis para ambos os institutos.

Perda da graduação/exclusão dos quadros da Corporação Militar

Como já destacado, considerando a gravidade concreta do delito, ferindo o decoro da classe, o pundonor e o sentimento do dever típico das funções militares, em especial de um, graduado, que justamente tem o compromisso de combater a criminalidade, entendo justo e proporcional ainda declarar a incapacidade do TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa, determinando, por conseguinte, a perda da graduação e a sua exclusão dos quadros da Corporação da Policial Militar, ante a manifesta incompatibilidade e indignidade para o exercício da função, nos termos contidos na inicial.

Embora não pleiteado em recurso, tenho que o recurso provido, com decretação da perda da graduação e exclusão do militar da Corporação Militar a que pertencia, acarreta implicações em questões previdenciárias, já que umbilicalmente vinculadas, de modo que, ainda que no arrazoado não haja tal questionamento, necessário manifestação a respeito, sem que isso extrapole os limites do recurso.

Com efeito, entendo que a perda da graduação e exclusão da corporação militar a que integra o apelado, não deve atingir questões previdenciárias.

Neste sentido, destaco o voto do Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, no Processo nº 1403701-52.2015.8.12.0000, em caso semelhante apreciado neste Areópago:

> *"(...) a propósito, é discutível, juridicamente, que o ato praticado pelo autor (tráfico de drogas) tenha natureza disciplinar, uma vez que o crime não foi praticado pelo autor no exercício de sua atividade laboral. E nem se diga que eventual conversão da pena de demissão em cassação de aposentadoria poderia significar mera 'consequência lógica', ante a basilar noção jurídica de que normas restritivas ou punitivas interpretam-se estritamente: STF, AI 451.078: 'As normas restritivas interpretam-se restritivamente'.*
>
> *Carlos Maximiliano: 'Estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana ou afetam a propriedade' (Hermenêutica e Aplicação do Direito. Saraiva: São Paulo, 2008, p. 263).*
>
> *Em segundo lugar, ainda que houvesse a respectiva autorização legal, ela seria inconstitucional, porque permitiria aplicação de uma penalidade disciplinar completamente desvinculada do direito cerceado ou cassado, qual seja, o direito constitucional à Previdência Social (art. 6º e 40 da CF), direito fundamental de caráter contributivo e atuarial, cujo benefício de aposentadoria constitui direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF) mediante prestações do servidor e, portanto, absolutamente autônomo e não inerente às atribuições da função pública ou cargo ocupado ou, ainda, à relação jurídico-administrativa de subordinação e hierarquia mantida entre servidores e o Estado. Em substancioso artigo publicado no Boletim de Notícias CONJUR (Consultor Jurídico), de 16 de abril de 2015, hospedado no site conjur.com.br1 , a Profª Maria Sylvia Di Pietro sustenta a tese de que a 'cassação de aposentadoria é incompatível com o regime previdenciário dos servidores', ou seja, as leis que preconizam a cassação de aposentadoria como sanção disciplinar afrontam a nova ordem constitucional, estabelecida a partir da promulgação das Emendas Constitucionais nºs 3/1993, 20/1998 e 41/2003, que tornaram o regime previdenciário dos servidores públicos um sistema de caráter contributivo e solidário.*
>
> *(...) a aposentadoria é um direito de natureza alimentar constitucionalmente assegurado, que tem por finalidade garantir ao trabalhador inativo, seja ele da iniciativa privada ou servidor público, condições de sustentar a si e a sua família. É o que deflui do art. 6º da Constituição Federal, o qual estatui que a aposentadoria é um direito social, verbis: (...) Antes de mais nada, a aposentadoria é o corolário do princípio da dignidade humana, uma garantia advinda das conquistas sociais, fundada em um princípio de justiça, exatamente para evitar o abandono e a miséria. Por mais que um indivíduo tenha errado, deixá-lo e a sua família ao desamparo seria exasperar a pena ou punição recebida, num ato de intolerável vingança do Estado, considerando os efeitos deletérios que por si só representa uma condenação, que estigmatiza socialmente o cidadão para o resto de sua existência. De outro lado, mesmo que se admita que o segurado possa dispor jurídico para utilização em regime diverso, por meio do instituto da contagem recíproca, tal providência seria prejudicial ao requerente, em vista da diferença dos institutos, considerando que adquiriu o direito de gozar dos direitos como militar da reserva.*

Por fim, a meu ver, tenho que o autor da ação rescisória, esta fundada no art. 485, V, CPC/73 (art. 966, V, CPC/2015), demonstrou, de forma clara e inequívoca, que o acórdão rescindendo contrariou, diretamente, a literalidade dos dispositivos encartados na Constituição Federal, entre eles o art. 5º, II e XXXVI (princípio da legalidade e direito adquirido), o art. 6º e 40 (direito social à previdência), razão pela qual procede o pleito do requerente.

Diante do exposto, estou convencido, sem sombra de dúvidas, de que o ato de cassação de aposentadoria do impetrante deve ser anulado, não havendo como acolher os argumentos de defesa do requerido (...).”

Na mesma senda:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – AUSÊNCIA DE NULIDADES – DESLIGAMENTO DO SERVIÇO PÚBLICO POSTERIORMENTE AO ATENDIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À APOSENTADORIA – DIREITO ADQUIRIDO – RELAÇÕES JURÍDICAS DISTINTAS (ESTATUTÁRIA E PREVIDENCIÁRIA) – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A Súmula 673 da Suprema Corte prestigia a regra de independência das instâncias administrativa e criminal, porquanto reconhece que a Administração pode, à luz do seu poder de autoorganização e autotutela, aplicar penalidades a seus agentes no bojo de processo administrativo disciplinar. 2. Assegurada ao sindicado a oportunidade de exercer plenamente o direito ao contraditório e a ampla defesa não existe nulidade no procedimento administrativo respectivo. 3. A ausência de vínculo com a administração não impede a concessão do benefício de aposentadoria, nos termos do art. 102, § 1º, da Lei 8.213/90 (‘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.’), de aplicação subsidiária aos servidores do Estado de Mato Grosso do Sul por força do disposto no art. 65 da Lei Estadual nº 2.207/2000. Conforme precedentes desta Corte, A cassação da aposentadoria é incompatível com o regime previdenciário dos servidores, direito fundamental de caráter contributivo e atuarial, cujo benefício constitui direito adquirido. O entendimento sedimentado no Verbete nº 673, do STF alude especificamente sobre a possibilidade de perda da graduação de militar, não ao benefício previdenciário. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido.” (TJMS. Apelação Cível n. 0836946-03.2015.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Sideni Soncini Pimentel, j: 23/04/2019, p: 24/04/2019).

“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 – CORREÇÃO MONETÁRIA COM BASE NO ÍNDICE OFICIAL DA CADERNETA DE POUPANÇA (TR) ATÉ 25.03.2015, APÓS APLICADO IPCA-E, DESDE O VENCIMENTO DE CADA PARCELA – JUROS DE MORA – DE ACORDO COM A CADERNETA DE POUPANÇA (LEI N. 11960/2009) – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO – REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA.” (TJMS. Apelação/Remessa Necessária n. 0825348-86.2014.8.12.0001, Campo Grande, 4ª Câmara Cível, Relator (a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, j: 08/05/2019, p: 09/05/2019).

Oportuno também colacionar o precedente do Supremo Tribunal Federal no RE 610290/MS:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ART. 117 DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL 53/1990 – BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INSTITUÍDO AOS DEPENDENTES DE POLICIAL MILITAR EXCLUÍDO DA CORPORAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. I – Compete aos Estados membros dispor

sobre os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, inclusive quanto aos direitos previdenciários. II – O benefício previdenciário instituído em favor dos dependentes de policial militar excluído da corporação representa uma contraprestação às contribuições previdenciárias pagas durante o período efetivamente trabalhado. III – Recurso extraordinário ao qual se nega provimento, assentando-se a constitucionalidade do art. 117 da Lei Complementar Estadual 53/1990." (RE 610290, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 25/06/2013, Acórdão Eletrônico DJe-159 Divulg 14-08-2013 Public 15-08-2013).

Deste julgado do STF, destaca-se o seguinte excerto do voto do Relator Ministro Ricardo Lewandowski:

"(...) com efeito, diversamente do sustentado pelo recorrente, não se trata de um benefício gratuito concedido aos dependentes do policial militar, porém, de uma contraprestação às contribuições previdenciárias por ele pagas durante o período efetivamente trabalhado. Dessa forma, sua exclusão da corporação não pode repercutir nos benefícios previdenciários para os quais efetivamente contribuiu. Entender de forma diversa seria placitar verdadeiro enriquecimento ilícito da Administração Pública que, em um sistema contributivo de seguro, apenas receberia as contribuições do trabalhador, sem nenhuma contraprestação em troca."

Igualmente assentou o Ministro Eros Grau ao proferir voto na ADI 1.542/MS:

"Inexiste a alegada afronta aos princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade, eis que o preceito impugnado garante o direito ao benefício para cuja percepção o militar efetivamente contribuiu. A condenação que redunda na exclusão do militar da corporação não pode repercutir negativamente em seus benefícios previdenciários. Em especial, na medida – repito – em que o militar tenha contribuído efetivamente para essa percepção. Há um outro ponto, ainda ferido na manifestação da Advocacia Geral da União, que diz respeito à questão da razoabilidade da proporcionalidade. Insisto que a esta Corte cumpre operar o controle da constitucionalidade. Se a lei não é razoável; se qualquer Membro deste Tribunal, se legislador fosse, estivesse disposto a legislar em outro sentido; se esta Corte ou algum de seus Membros entende que, eventualmente, seria melhor e mais proporcional que a lei dissesse outra coisa, a eles caberia a candidatura ao exercício do Poder Legislativo. Aqui, não legislamos, mas sim operamos o controle da constitucionalidade. Não o controle da temperança ou intemperança do legislador, porque mesmo aquele que eu considere não coerente com o meu modo de pensar, se proceder ele dentro dos parâmetros da Constituição, não nos cumpre questionar a validade do texto normativo.

(...)

Ressalto, ainda, que não procede o argumento do recorrente de que, no caso de expulsão da corporação por cometimento de crime a que se impõe de pena privativa de liberdade a policial militar, o Regime Geral de Previdência Social assegura aos seus dependentes o benefício do auxílio reclusão. O benefício do auxílio-reclusão é exclusivo dos segurados do Regime Geral de Previdência Social, situação em que não se enquadra o policial militar, segurado de regime próprio de previdência. Assim, em tais casos, somente norma estadual que dispõe sobre os militares pode resguardar os dependentes do policial

(...)."

À evidência, a Lei Complementar Estadual nº 53/90:

"Art. 4°. Os integrantes da PMMS, em razão da destinação constitucional da Corporação e das Leis vigentes, são servidores públicos militares estaduais denominados policiais-militares. § 1° Os policiais-militares encontram-se em uma das seguintes situações: a) na ativa: I - os policiais-militares de carreira: II - os incluídos na Polícia Militar, voluntariamente, durante os prazos a que se obrigarem a servir: III - os convocados e os designados; (redação da pela Lei Complementar nº 113, de 19 de dezembro de 2005) IV - os alunos de órgãos de formação de policiais-militares. b) na inatividade: I - na reserva remunerada, quando pertencerem à reserva da Corporação e perceberem remuneração do

Estado de Mato Grosso do Sul, porém sujeitos ainda, à prestação de serviços na ativa, mediante convocação; II - reformados, quando tendo passado por uma das situações anteriores, estão dispensados, definitivamente, da prestação de serviços na ativa mas continuam a perceber remuneração do Estado de Mato Grosso do Sul.

Art. 46. Os Aspirantes-a-Oficial PM e as Praças com estabilidade assegurada, presumivelmente incapazes de permanecerem como policiais militares da ativa, serão submetidos ao Conselho de Disciplina na forma da legislação peculiar.

§ 1° Compete ao Comandante-Geral da Polícia Militar julgar em última instância administrativa, os processos oriundos do Conselho de Disciplina convocados no âmbito da Corporação.

§ 2° Ao Conselho de Disciplina também poderão ser submetidas as Praças reformadas e da reserva remunerada.

§ 3° Compete ao Tribunal de Justiça, em instância judicial, julgar os processos oriundos do Conselho de Disciplina, na forma da legislação.

Art. 86. O desligamento ou exclusão do serviço ativo da Polícia Militar é feito em conseqüência de:

VI - exclusão a bem da disciplina;

Art. 113. A exclusão a bem da disciplina será aplicada, ex offício, aos Aspirante-a-Oficial PM ou Praças com estabilidade assegurada:

I - sobre os quais houver sido pronunciada tal sentença pelo Conselho Permanente de Justiça, por haverem sido condenados em sentença passada em julgado por aquele conselho ou tribunal à pena restritiva de liberdade individual superior a dois anos ou por crimes previstos na legislação especial concernentes à Segurança Nacional, à pena de qualquer duração;

II - sobre os quais houver pronunciada tal sentença o Conselho Permanente de Justiça, por haverem perdido a nacionalidade brasileira.

III - que incidirem nos casos que motivarem o julgamento pelo Conselho de Disciplina e neste forem considerados culpados. Parágrafo único. O Aspirante-a-Oficial PM ou as Praças com estabilidade assegurada que houverem sido excluídos, a bem da disciplina, só poderão readquirir a situação policial-militar por outra sentença do Poder Judiciário e nas condições nela estabelecidas.

Art. 114. É da competência do Comandante-Geral da Polícia Militar o ato de exclusão, a bem da disciplina, do Aspirante-a-Oficial PM, bem como da Praça.

Art. 115. 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 § 1º do artigo 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 (redação dada pela Lei Complementar nº 123, de 20 de dezembro de 2007)****."* (g.n.)

Não existe previsão expressa para a cassação da aposentadoria no estatuto dos militares estaduais. Ademais, conforme o art. 102, § 1º, da Lei 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."*

Por isso, ainda que o militar aposentado tenha praticado ato que o levou à exclusão à bem da disciplina, entendo que o mesmo deixa de pertencer às fileiras militares, sendo excluído das prerrogativas próprias contidas no estatuto militar estadual, todavia, a referida exclusão não poderia alcançar o gozo de seu benefício previdenciário.

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 Estadual de Justiça: *"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."* (Apelação nº 0008780-91.2015.8.12.0001, Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro).

Ante o exposto, com o parecer, afasto as preliminares arguidas e, no tocante ao mérito, dou provimento ao recurso para o fim de julgar parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal e, por consequência, condenar o apelado TC QOPM Admilson Cristaldo Barbosa, devidamente identificado, como incurso no artigo 308, § 1º, do Código Penal Militar (corrupção passiva), em continuidade delitiva (por três vezes, no período de janeiro de 2015 a abril de 2016), à pena de 04 (quatro) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime semiaberto.

Declaro, por corolário, a incapacidade do apelado bem como a perda da graduação e a sua exclusão dos quadros da Corporação da Policial Militar, ante a manifesta incompatibilidade e indignidade para o exercício da função, nos termos contidos na inicial, preservando-se o tempo de contribuição previdenciário.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram as preliminares de incompetência da justiça militar, nulidade pela impossibilidade de investigação por militares lotados em órgão civil, diverso da polícia judiciária militar e ausência de dialeticidade e, no mérito, deram provimento ao recurso ministerial, nos termos do voto do relator. Sustentação oral realizada pelo advogado Ivan Gibim Lacerda.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jairo Roberto de Quadros, Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 14 de maio de 2020. ***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Jairo Roberto de Quadros
Apelação Criminal nº 0000045-05.2013.8.12.0045 – Sidrolândia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FALSIDADE IDEOLÓGICA – DOLO CONFIRMADO – CONDENAÇÃO MANTIDA – SUBSTITUIÇÃO DA PROIBIÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O PODER PÚBLICO – PREQUESTIONAMENTO – COM O PARECER, RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Exsurgindo do caderno processual elementos de convicção suficientes e seguros, em conjunto probatório consistente, acerca da autoria, materialidade e comportamento doloso imputados, não há falar em absolvição tampouco em incidência do *in dubio pro reo*, porquanto inegável que os acusados-recorrentes, em conluio, cientes de que a empresa não possuía localização física em Deodápolis, inseriram em documentos particulares e fizeram inserir em documentos públicos declaração diversa da que devia estar escrita com o fim de alterar fato juridicamente relevante, qual seja, o endereço da empresa Paula Lúcia da Silva-ME, que participou e ganhou o Procedimento Administrativo 006/2011, empresa essa pertencente à acusada Paula Lúcia, companheira do corréu Marco Tomé, então Assessor da Casa de Leis.

A proibição de contratar com o Poder Público, conquanto abordada e prevista em leis extravagantes e, mesmo assim, para crimes específicos, não desponta do Código Penal nem encontra alicerce em referido diploma legal. Por conseguinte, tendo em vista que não pode ser aplicada sanção penal que não aquela cominada abstratamente na regra jurídica, sendo vedada a aplicação da analogia no direito penal incriminador, bem como a interpretação integrativa ou ampliativa, em observância ao princípio da reserva legal, deve a pena alternativa enfocada ser substituída por prestação de serviços à comunidade, pelo tempo da reprimenda corpórea fixada, em entidade a ser indicada pelo Juízo de Execuções Penais.

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 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, deram parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 18 de junho de 2020.

Des. Jairo Roberto de Quadros - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros.

Marco Tomé Rodrigues e Paula Lúcia da Silva interpõem recurso de apelação, porquanto inconformados com a sentença (f. 401-410) que os condenou, como incursos no artigo 299 do Código Penal, à pena de 02

(dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 40 (quarenta) dias-multa, com substituição da corpórea por duas restritivas de direito, consistentes em prestação pecuniária equivalente a 03 (três) salários mínimos e proibição de contratar com o Poder Público, pelo prazo de 02 (dois) anos.

Em suas razões recursais (f. 422-425) pleiteiam absolvição, com fundamento no artigo 386, incisos V e VII, do Código de Processo Penal, face à ausência de dolo, e, subsidiariamente, pela exclusão da pena restritiva de direitos consistente em proibição de contratar com o Poder Público.

Contrarrazões (f. 434-440) pelo improvimento.

Posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça (f. 450-456) pelo conhecimento e parcial provimento do recurso interposto.

VOTO

O Sr. Des. Jairo Roberto de Quadros. (Relator)

Marco Tomé Rodrigues e Paula Lúcia da Silva interpõem recurso de apelação, porquanto inconformados com a sentença (f. 401-410) que os condenou, como incursos no artigo 299 do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de 40 (quarenta) dias-multa, com substituição da corpórea por duas restritivas de direito, consistentes em prestação pecuniária equivalente a 03 (três) salários mínimos e proibição de contratar com o Poder Público, pelo prazo de 02 (dois) anos.

Em suas razões recursais (f. 422-425) pleiteiam absolvição, com fundamento no artigo 386, incisos V e VII, do Código de Processo Penal, face à ausência de dolo, e, subsidiariamente, pela exclusão da pena restritiva de direitos consistente em proibição de contratar com o Poder Público.

Contrarrazões (f. 434-440) pelo improvimento.

Posicionou-se a Procuradoria-Geral de Justiça (f. 450-456) pelo conhecimento e parcial provimento do recurso interposto.

Pedido de absolvição:

Argumenta-se inexistirem provas de que os recorrentes inseriram, em concorrência pública, dados alusivos ao endereço de sua empresa diverso do real, com a intenção de fraudar documento, levar vantagem ou qualquer outro motivo que justificasse a ação penal.

Não é, todavia, o que emerge do caderno processual.

Materialidade consubstanciada no Boletim de Ocorrência n.° 1586/2012 (f. 11-12), Proposta de Preço apresentada em licitação (f. 48-49), Recibo da Carta Convite (f. 87), Certificado de Regularidade do FGTS CRF (f. 90), Termo de Renúncia (f. 91), Requerimento do Empresário (f. 92), Declaração (f. 93), Comprovante de Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (f. 94-96), Anexo II do convite n.° 006/2011 (f. 135-137), Contrato n.º 009/2011 (f. 153-158), além da prova oral, tornando despiciendas considerações adicionais.

De igual sorte, dúvida alguma remanesce quanto à autoria e ao comportamento doloso imputados.

Paula Lúcia da Silva, na fase inicial (f. 286-287), externou ter realmente informado o endereço da cidade de Deodápolis/MS nos contratos públicos celebrados com a Câmara Municipal de Vereadores de Sidrolândia para fornecimento de material permanente, embora tal decorresse do fato de que havia retornado pouco tempo antes da cidade por último citada e não providenciara transferência de seu endereço comercial em tempo hábil.

Admite, portanto, a despeito da justificativa apresentada, que a inserção do endereço diverso da empresa do casal se deu de forma consciente e intencional.

Marco Tomé Rodrigues e Paula Lúcia da Silva (áudio e vídeo à f. 375), sob o crivo do contraditório, ressaltaram que a empresa possuía como registro de endereço a Rua Amazonas, n.º 552, centro fa cidade de Deodápolis/MS, contudo, Contudo, haviam residido naquele endereço até final do ano de 2010, mudando-se para cidade de Sidrolândia/MS. Afirmaram que o certame licitatório se deu em fevereiro do ano seguinte (2011), inexistindo tempo hábil para que a mudança do endereço junto a Receita Federal fosse realizada.

Em juízo também foi ouvido Cezar Luiz Assmann (áudio e vídeo à f. 351), à época vereador em Sidrolândia/MS, o qual confirmou que desconfiara da situação e, por isso, chegou a se dirigir até o endereço fornecido como sendo da empresa dos apelantes em Deodápolis/MS, e, lá, constatou a inexistência da empresa licitante. Note-se:

> *"MP: O que o senhor sabe ou recorda desses fatos:*
>
> *CÉZAR: Desse fato da questão do endereço? Certo?*
>
> *MP: Certo!*
>
> *CÉZAR: Eu fui até esse endereço em Deodápolis, nesse endereço da empresa (Paula Lucia da SILVA- ME Lemax), e lá, morava uma mulher,* ***que ela falou, ó eu faço 8 anos que moro aqui, não existe esse endereço, essa empresa não existe.****"* (Destaquei)

Aliás, do auto de constatação (f. 216) firmado pelo oficial de Secretaria da Promotoria de Justiça de Deodápolis/MS emerge que no local indicado não existia empresa alguma com o nome de Paula Lúcia da Silva-ME, tampouco os acusados residiam no endereço declinado para a empresa. No endereço então mencionado morava Elizena Amaral Prieto, genitora do atual proprietário, sendo que este afirmou ter adquirido o imóvel cerca de dois anos antes para sua mãe e que não conhece Paula Lúcia da Silva.

Nesse contexto, como bem pontuou o Ministério Público em suas contrarrazões:

> *"os réus não juntaram quaisquer documentos (contratos, notas fiscais, livros contábeis) da referida empresa que atestassem o seu devido funcionamento na época em que supostamente estavam na cidade de Deodápolis/MS, nem demonstraram por testemunha fato de que a empresa fornecia produtos na cidade citada, de forma que não desconstituíram a veracidade dos fatos narrados na exordial. Vê-se que é clara a tentativa dos réus de buscarem se eximir de sua responsabilidade pela prática da infração em análise, todavia sem sucesso."*

Acresça-se que a maioria dos documentos apresentados foi subscrita pelos apelantes, tal como o de f. 93, inclusive produzido especificamente para a participação no Convite n. 006/2011, de modo que não há sequer como alegar que se trata de documentos que já estavam confeccionados anteriormente com o suposto endereço anterior da empresa.

Patente o dolo, a intenção deliberada de praticar o ato ilícito em questão, visando tirar proveito, vantagem econômica no processo licitatório, inserindo endereço irreal a fim de mascarar o certamente.

Inegável que, em conluio, cientes de que a empresa não possuía localização física em Deodápolis, inseriram em documentos particulares e fizeram inserir em documentos públicos declaração diversa da que devia estar escrita com o fim de alterar fato juridicamente relevante, qual seja, o endereço da empresa Paula Lúcia da Silva-ME, que participou e ganhou o Procedimento Administrativo 006/2011, empresa essa pertencente à acusada Paula Lúcia, companheira do corréu Marco Tomé, então Assessor da Casa de Leis.

Não há falar, pois, em absolvição tampouco em incidência do *in dubio pro reo*.

Proibição de contratação com o poder público:

A pretensão recursal neste particular deduzida comporta acatamento, conforme, aliás, reconhece a Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer.

As penas alternativas se afiguram especificadas no Código Penal, consistindo em: a) prestação pecuniária; b) perda de bens e valores; c) limitação de fim de semana; d) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; e) interdição temporária de direitos; e) limitação de fim de semana.

O artigo 47, por sua vez, relaciona as penas de interdição temporária como sendo: a) proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; b) proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; c) suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo; d) proibição de frequentar determinados lugares; e) proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos.

A proibição de contratar com o poder público, destarte, conquanto abordada e prevista em leis extravagantes e, mesmo assim, para crimes específicos, não desponta do Código Penal nem encontra alicerce em referido diploma legal.

A lei penal deve ser interpretada segundo os vários processos de hermenêutica, todavia, admoesta Carlos Maximiliano[1], *" 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."*

Como cediço, não há pena sem prévia cominação legal. Não pode ser aplicada sanção penal que não aquela cominada abstratamente na regra jurídica. É vedada a aplicação da analogia no direito penal incriminador, bem como a interpretação integrativa ou ampliativa. Em Direito Penal, o princípio da reserva legal exige que os textos legais sejam interpretados sem ampliações ou equiparações por analogia.

Não há, pois, nesse diapasão, como dar acatamento à medida fixada na origem, sob pena de arvorar-se na função de legislador, criando figura e, sobretudo, reprimenda penal não prevista na legislação pertinente ao caso.

Como corolário, a proibição de contratar com o poder público deve, no caso concretamente analisado, ser substituída, despontando proporcional e razoável a prestação de serviços à comunidade, pelo tempo da reprimenda corpórea, em entidade a ser indicada pelo Juízo de Execuções Penais.

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 Estadual de Justiça[2]:

> *"(...) o prequestionamento não obriga o magistrado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide, o que, de fato, foi feito."*

Ante o exposto, com o parecer, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, apenas para substituir a proibição de contratar com o poder público pela prestação de serviços à comunidade, pelo tempo da reprimenda corpórea fixada, em entidade a ser indicada pelo Juízo de Execuções Penais, remanescendo inalterados os demais termos da sentença atacada.

1 **Hermenêutica e aplicação do direito**. 10. ed. Forense. p. 321.

2 Apelação nº 0008780-91.2015.8.12.0001, Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

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. 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, 18 de junho de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior
Apelação Criminal nº 0021463-24.2019.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO DEFENSIVO – PRELIMINAR DE NULIDADE DO FEITO – ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DE PROVAS EM DECORRÊNCIA DE VÍCIO DE INVASÃO DE DOMICÍLIO – REJEITADA – MÉRITO – ABSOLVIÇÃO – PROVAS DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE IRRETORQUÍVEL – INAPLICÁVEL TRÁFICO PRIVILEGIADO – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PREJUDICADOS PELO ACOLHIMENTO DO PEDIDO MINISTERIAL – RECURSO IMPROVIDO

Não há como acolher a tese de ilicitude de provas em decorrência de vício de invasão de domicílio, eis que os elementos apontam que a entrada dos policiais na residência foi franqueada pelo apelante, bem como pelo fato de o delito em tela – tráfico de drogas – ter caráter permanente e, portanto, sua consumação prolonga-se no tempo.

Mantém-se a condenação pelo delito do artigo 33 da Lei 11.343/06, eis que a confissão foi corroborada por testemunha e demais provas do feito.

Mantém-se a pena-base fixada, posto que a exasperação restou fundamentada nos maus antecedentes; quantidade e natureza da droga apreendida (2.364 g de cocaína)

Inaplicável a causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, posto que não preenche os requisitos legais, eis que além da considerável quantidade de droga apreendida (2.364 g de cocaína), às circunstâncias em que se deu a prisão e os maus antecedentes constituem elementos que evidenciam a dedicação à atividade criminosa.

Acolhido o pedido ministerial de recrudescimento do regime prisional inicial, resta prejudicado o pleito defensivo de abrandamento do regime prisional e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO MINISTERIAL – PLEITO PELO RECRUDESCIMENTO DO REGIME PRISIONAL INICIAL – POSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAMENTE AVALIADAS – RECURSO PROVIDO

As circunstâncias judiciais desfavoráveis (maus antecedentes; quantidade e natureza da droga, sendo esta prevista como preponderante no do art. 42 da Lei de Drogas) constituem fundamentos concretos e idôneos para o recrudescimento do regime prisional, consoante disposto no art. 33, § 3º, do CP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos:

Quanto ao recurso ministerial. Proveram por maioria, nos termos do voto do Relator, vencido o Vogal. Quanto ao recurso defensivo Negaram provimento por maioria, nos termos do voto do relator, vencido, em parte, o Vogal. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 7 de abril de 2020.

Des. Jonas Hass Silva Júnior - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

O Ministério Público e Luiz dos Santos interpuseram apelações contra a sentença que condenou o último apelante pelo delito do artigo 33, *caput,* da Lei nº 11.343/06, à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 666 dias-multa.

O Ministério Público requereu a fixação do regime inicial fechado e elaborou prequestionamento (f. 222-227).

Contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 236-238).

O apelante Luiz dos Santos buscou, preliminarmente, a nulidade do processo por ilicitude de provas, sustentando que teriam sido obtidas mediante invasão domiciliar. No mérito, requereu a absolvição. Alternativamente, pleiteou a redução da pena-base ao mínimo legal; aplicação da causa de diminuição do artigo 33, § 4°, da Lei 11.343/06; fixação do regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Prequestionou dispositivos (f. 244-269).

Contrarrazões pelo improvimento e prequestionou a matéria (p. 275/288).

Contrarrazões pelo improvimento do recurso defensivo; provimento do apelo ministerial e elaborou prequestionamento (f. 302-315).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

O Ministério Público e Luiz dos Santos interpuseram apelações contra a sentença que condenou o último apelante pelo delito do artigo 33, *caput,* da Lei nº 11.343/06, à pena de 6 anos e 8 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 666 dias-multa.

Por ordem de prejudicialidade, passa-se a análise dos pedidos.

O apelante Luiz dos Santos buscou, preliminarmente, a nulidade do processo por ilicitude de provas, sustentando que teriam sido obtidas mediante invasão domiciliar.

Contudo, razão não assiste à defesa.

O art. 5º, XI da CF consagra o direito da inviolabilidade do domicílio. No entanto, esse dispositivo não é absoluto, pois, como consta no próprio texto, há exceções para essa inviolabilidade, como: a) no caso de desastre; b) prestação de socorro; c) flagrante delito; ou d) durante o dia por determinação judicial.

Ocorre que o crime de tráfico de drogas é um crime permanente, ou seja, é um delito cuja consumação se prolonga no tempo. Assim, a prisão em flagrante é cabível em qualquer momento.

Desta forma, tratando-se de um crime permanente é prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio, consoante entendimento do STJ:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO – CRIMES PERMANENTES – FLAGRANTE DELITO – BUSCA DOMICILIAR SEM MANDADO JUDICIAL – INGRESSO FRANQUEADO – LEGALIDADE DA MEDIDA – PROVA LÍCITA – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

1. O mandado de busca e apreensão é desnecessário quando se trata de situação de flagrante delito por crime permanente, como no presente caso (tráfico de drogas e posse irregular de arma de fogo).

2. Embora o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal garanta ao indivíduo a inviolabilidade de seu domicílio, tal direito não é absoluto, uma vez que, tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio do acusado, não havendo se falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida (HC n.306.560/PR, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 18/8/2015, DJe 1º/9/2015).

3. Ademais, uma vez franqueada a entrada dos policiais responsáveis pelo ato, torna-se dispensável o mandado judicial, afastando-se, portanto, qualquer ilegalidade (HC n. 310.338/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 28/4/2015, DJe 18/5/2015).

4. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 1485245/GO, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/06/2019, DJe 27/06/2019)

No caso, houve uma denúncia anônima de que na residência da apelante havia drogas, sendo que, segundo os policiais responsáveis pela prisão, visualizaram uma porção de droga em cima do veículo que estava dentro da residência, sendo que a entrada no imóvel foi franqueada pelo apelante e então encontrada mais droga e os apetrechos.

Desta forma, não há que se falar em ilegalidade, já que há elementos que apontam a autorização prévia para adentrar no imóvel, bem como foi constatada a existência de indícios prévios da prática delitiva, o que autorizaria a atuação policial.

Logo, essa preliminar deve ser afastada.

No mérito, o apelante Luiz dos Santos buscou a absolvição, sendo que a denúncia narra os fatos nos seguintes termos:

"Narra o incluso caderno inquisitivo que, no dia 03 de maio de 2019, por volta de 19h30min, ciente da ilicitude do fato e da reprovabilidade de sua conduta, o denunciado Luiz dos Santos tinha em depósito substância entorpecente, destinada a venda, em total desacordo com a Portaria no Ministério da Saúde número 344, atualizada pela Resolução RDC número 26, de 15/02/2005.

Segundo consta, na data e hora dos fatos, em atendimento a uma denúncia de ponto de vendas de drogas, policiais civis abordaram o denunciado Luiz dos Santos em frente a sua residência sito à rua Tiupaciguara, nº 406, bairro Jardim Aeroporto, nesta capital, o qual parecia esperar por alguém, momento em que avistaram e em seguida apreenderam 01 (uma) porção de pasta-base de cocaína em cima da lona do veículo L200 que estava estacionado na garagem do referido imóvel.

Ato contínuo, tiveram a entrada franqueada na residência de Luiz, onde lograram êxito em apreender no armário da cozinha 02 (duas) balanças de precisão e 02 (dois) rolos de plástico filme, utilizados para preparar entorpecentes (f. 36-39 do IP Físico), momento em que o denunciado confessou a prática da mercancia de drogas. Por fim, ainda encontraram em baixo do guarda roupa mais porções já separadas e embaladas com o peso em gramas anotado na embalagem, visando facilitar a cobrança na hora da venda. Ao todo foram apreendidos 02 (dois) tabletes e 40 (quarenta) porções, totalizando 2.364 gramas de substância análoga a cocaína, conforme Laudo Preliminar nº 999/2019-DENAR (f. 24-26 do IP Físico).

A materialidade e autoria do delito perpetrado pelo denunciado encontra-se consubstanciadas pelo Auto de Prisão em Flagrante (f. 02-15 do IP Físico), Boletins de

Ocorrência (f. 21-22 do IP Físico), Laudo Preliminar de Constatação (f. 24-26 do IP Físico), Termos de Exibição e Apreensão (f. 28 e 31 do IP Físico), Laudos de Exame Toxicológico (f. 36-39 e 40-43 do IP Físico), bem como pelos depoimentos colhidos nos presentes autos e a confissão do denunciado.

Diante do exposto, o Ministério Público Estadual denuncia Luiz dos Santos como incurso no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, razão pela qual requer seja a presente denúncia recebida, devendo o réu ser citado para interrogatório e demais atos processuais até final condenação, intimando-se a(s) pessoa(s) abaixo arrolada(s) para depor(em) em juízo, sob as penas da lei."

Não há como acolher o pedido absolutório.

A materialidade é incontroversa conforme se extrai do boletim de ocorrência (f. 24-25); do laudo preliminar de constatação (f. 27-29); dos termos de exibição e apreensão (f. 31-32 e 34); da denúncia do disk-denúncia (f. 36); do laudo de exame toxicológico (f. 39-42 e 43-46).

A autoria, igualmente, é certa e recai em desfavor do apelante Luiz dos Santos.

Isso, porque o apelante, na delegacia, devidamente assistido pelo seu advogado, confessou que a droga encontrada em sua residência era de sua propriedade (f. 11). Em juízo, embora tenha alterado parcialmente a versão inquisitiva, negando a propriedade da droga encontrada em cima do seu veículo; confessou que realizou a guarda dos 2 tabletes de cocaína e dos apetrechos encontrados dentro de sua residência, a um terceiro precariamente identificado como "Alex". Consignou que tinha conhecimento que a sacola encontrada possuía droga (f. 147).

Corroborando a confissão, há o depoimento do policial responsável pela prisão - Thiago Gomes Machado -, que descreveu as diligências que culminaram na prisão do apelante, bem como esclareceu que na delegacia o apelante teria confessado a traficância (f. 147).

Consigne-se que a informante Ana Maria dos Santos apenas consignou que estava na residência no momento da prisão, não trazendo qualquer elemento a corroborar a versão defensiva de que a droga não seria de propriedade do apelante (f. 147).

Ademais, oportuno registrar que a alegação do apelante de que a porção de droga encontrada teria sido "plantada" pelos agentes policiais é isolada no feito, conforme bem registrou o magistrado de 1º grau que utilizo como razões de decidir:

"Assim, a alegação isolada da defesa, e sem qualquer respaldo (quer por prova material, documental ou testemunhal) no sentido de que a droga apreendida nos autos foi 'plantada' por um agente de polícia, durante uma operação (portanto, com auxílio de policiais civis e, até mesmo do delegado de polícia), não pode ser considerada.

Aliás, ante a gravidade das afirmações, acaso a defesa vislumbrasse que policiais civis da DENAR estariam usando drogas para forjar um flagrante, teria que ter levado suas suspeitas/acusações à Diretoria da Polícia Civil para apuração de responsabilidade.

Contudo, não há documento nos autos demonstrado que a defesa assim agiu.

Também deve se ressaltar que todo o flagrante foi lavrado pelo delegado de polícia da DENAR, Dr. Pablo Gabriel Farias da Silva, onde o acusado estava sendo assistido por seu procurador (f. 11).

Desse modo, a pretensão defensiva não pode ser considerada para declarar a nulidade das provas, pois não passa de mera afirmação desacompanhada de qualquer corroboração. Ademais, a defesa poderia ter produzido prova para confirmar suas alegações, como por exemplo ter arrolado os vizinhos que afirma que estavam nos arredores da operação policial para serem ouvidos como testemunhas, mas se absteve de fazê-lo."

Portanto, considerando a confissão, que restou corroborada pela versão de testemunha e demais provas do feito, bem como ausentes elementos a comprovar a alegação defensiva, impõe-se a manutenção da condenação do apelante pela prática do delito de tráfico ilícito de drogas.

Alternativamente, pleiteou a redução da pena-base, que restou fixada nos seguintes termos (f. 201-202):

> *"Analisando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, verifico que: a culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta do condenado, não deve lhe prejudicar, porquanto comum para esse tipo de crime; os antecedentes lhe prejudicam, já que existem informações nos autos acerca de eventual sentença condenatória anterior com trânsito em julgado sem o condão de gerar reincidência, eis que decorrido o prazo depurador de cinco anos (f. 72-75 e 93-97); a conduta social e a personalidade do condenado serão analisadas abaixo, como circunstâncias judiciais preponderantes; os motivos da infração penal não desbordam da normalidade, tendo em vista a tipificação legal; as circunstâncias também não devem aumentar a pena-base, já que não apresentam peculiaridades que justifiquem a exasperação da pena-base; as consequências não desbordam da normalidade para essa espécie de crime; o comportamento da vítima, por ser o Estado, não lhe prejudica.*
>
> *Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, passo à análise das circunstâncias judiciais preponderantes: a quantidade da substância entorpecente deve prejudicar o réu, posto que se trata de mais de 2Kg de cocaína; a natureza corrobora em seu desfavor, já que a droga apreendida se trata de 'cocaína' – 'Há que se reconhecer a maior nocividade da cocaína em relação a outras substâncias proscritas, levando-se em conta os efeitos deletérios causados à saúde dos usuários, a dependência psicológica e física, por vezes imediata, por eles provocada, bem como as consequências sociais nefastas acarretadas pelo consumo e tráfico de tais entorpecentes' (STJ, HC 187.330/MG, j. 03/05/2011); a conduta social não restou esclarecida nos autos; inexistem elementos suficientes para se definir a personalidade do agente.*
>
> *Assim sendo, na primeira fase, fixo a pena-base em 08 (oito) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa."*

Observa-se que a pena-base foi exasperada em decorrência dos antecedentes; quantidade e natureza da droga apreendida.

Quanto aos antecedentes, não há como afastá-lo, eis que, conforme antecedentes criminais juntados à f. 93-97, o apelante possui condenação criminal transitada em julgado por delito anterior ao analisado.

Registre-se que não há como acolher a tese de ocorrência do período depurador da condenação avaliada como maus antecedentes, eis que embora o Supremo Tribunal Federal ainda não haja decidido o mérito do RE nº 593.818 RG/SC – que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes –, certo é que, por ora, o STJ possui o entendimento consolidado de que:

> *"o conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes. Precedentes." (HC n. 337.068/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6ª T., DJe 28/6/2016). Ainda, menciono: HC n. 413.693/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 16/10/2017.*

Vale dizer, decorrido o prazo de 5 anos entre a data do cumprimento ou a extinção da pena e a infração posterior, a condenação anterior, embora não prevaleça mais para fins de reincidência, pode ser sopesada a título de maus antecedentes.

Portanto, em face da ausência de definição da matéria pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, não me parece abusiva ou ilegal a decisão que opta por negativar os maus antecedentes nesses casos, notadamente

porque ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça possuem a compreensão de que as condenações atingidas pelo período depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal, embora não caracterizem mais reincidência, podem ser sopesadas a título de maus antecedentes.

Ademais, quanto a circunstância judicial da quantidade e natureza da droga apreendida, inconteste que deve ser analisada negativamente, posto que se trata de mais de 2 kg de cocaína.

Portanto, restando definitivamente justificada a elevação da reprimenda base, não há falar em redução.

Consigne-se que, igualmente, é incabível o reconhecimento da causa de diminuição do tráfico privilegiado, posto que, além de o apelante possuir maus antecedentes e ser expressiva a quantidade de droga altamente nociva apreendida, conforme bem consignou o magistrado de primeiro grau:

> *"o conjunto probatório demonstrou que o réu se dedica a atividades criminosas referentes à comercialização de drogas (a droga apreendida estava embalada em invólucros grandes e pequenos, as porções menores estavam gravadas com o peso para facilitar a venda, havia denúncia sobre fornecimento e depósito de droga no local), de forma que incabível a aplicação da causa especial de diminuição de pena."*

Portanto, não há reparos a serem feitos na pena do apelante.

Quanto ao recurso ministerial, buscou o recrudescimento do regime prisional inicial para o fechado.

Assiste razão ao órgão acusador.

Isso, porque além de ter sido reconhecido os maus antecedentes em desfavor do apelado Luiz dos Santos, a circunstância judicial da quantidade e natureza da droga prevista como preponderante no art. 42 da Lei de Drogas, constituiu fundamento concreto e idôneo para o recrudescimento do regime prisional consoante disposto no art. 33, § 3º, do CP.

Por oportuno:

> *"REGIME PRISIONAL INICIAL – GRAVIDADE CONCRETA – QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA – RECRUDESCIMENTO – SEMIABERTO – POSSIBILIDADE.*
>
> *1. Prevalece nesta Corte Superior o entendimento de que, no tocante ao regime prisional, quando a quantidade e a natureza das drogas (art. 42 da Lei n. 11.343/2006) acentuam a gravidade concreta do delito, justifica-se a imposição de regime inicial mais gravoso.*
>
> *Precedentes.*
>
> *2. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no REsp 1850345/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019)

Assim, altero o regime prisional do apelado Luiz dos Santos para o fechado.

Por fim, no que tange aos prequestionamentos suscitados, não merecem qualquer abordagem específica ou pormenorizada, haja vista que foram suficientemente enfrentados, 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, com o parecer, nego provimento ao recurso defensivo, contudo, dou provimento ao recurso ministerial para recrudescer o regime prisional inicial para o fechado.

O Sr. Juiz Waldir Marques (Revisor)

Acompanho o Relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Vogal)

Divirjo do e. Relator para dar parcial provimento ao recurso defensivo e negar provimento ao recurso ministerial.

Assiste razão à defesa quanto ao pleito de redução da pena-base.

Entendo que os maus antecedentes somente se configuram a partir da segunda condenação transitada em julgado anterior e por crime antecedente aos novos fatos, desde que não ultrapassado o período depurador do art. 64, I, do Código Penal que, apesar de referir-se à reincidência, estende-se à configuração dos antecedentes negativos, sopesados o princípio da dignidade da pessoa humana e as finalidades da pena, incompatíveis com a eternização dos efeitos deletérios e estigmatizantes da atuação do Direito Penal em concreto.

Nesse sentido:

> *"EMENTA: PENAL – HABEAS CORPUS – CONDENAÇÃO PRETÉRITA CUMPRIDA OU EXTINTA HÁ MAIS DE 5 ANOS – UTILIZAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES – IMPOSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL – PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA – ORDEM CONCEDIDA. I - Nos termos da jurisprudência desta Segunda Turma, condenações pretéritas não podem ser valoradas como maus antecedentes quando o paciente, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, não puder mais ser considerado reincidente. Precedentes. II - Parâmetro temporal que decorre da aplicação do art. 5°, XLVI e XLVII, b, da Constituição Federal de 1988. III – Ordem concedida para determinar ao Juízo da origem que afaste o aumento da pena decorrente de condenação pretérita alcançada pelo período depurador de 5 anos."* (*HC* 142371, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 30/05/2017, Processo Eletrônico DJe-124 Divulg 09-06-2017 Public 12-06-2017)

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – PENAL – CONDENAÇÃO – TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ARTS. 33 E 35 DA LEI Nº 11.343/06) – DOSIMETRIA – FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – VALORAÇÃO NEGATIVA DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DA DROGA (1.240 G DE CRACK) – ADMISSIBILIDADE – VETORES A SEREM CONSIDERADOS NECESSARIAMENTE NA DOSIMETRIA, NOS TERMOS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL E DO ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06 – PRECEDENTES – VALORAÇÃO NEGATIVA DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS COMO MAUS ANTECEDENTES – IMPOSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO INCISO I DO ART. 64 DO CÓDIGO PENAL – PRECEDENTES – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO – ORDEM CONCEDIDA. 1. É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a natureza e a quantidade da droga constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base, nos termos do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei nº 11.343/06. Precedentes. 2. Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, conforme previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes. 3. Ordem concedida tão somente para determinar ao juízo da execução competente que, afastado o aumento decorrente da valoração como maus antecedentes de condenações pretéritas alcançadas pelo período depurador de 5 (cinco) anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, refaça a dosimetria da pena imposta ao paciente nos Autos do Processo nº 02411025822-5."* (STF, *HC* 132600, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 19/04/2016, Processo Eletrônico DJe-109 Divulg 27-05-2016 Public 30-05-2016).

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – PENAL – DOSIMETRIA – FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM DECORRÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES – CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS – APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO INCISO I DO ART. 64 DO CÓDIGO PENAL – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO – ORDEM CONCEDIDA. 1. Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do*

transcurso de lapso temporal superior a 5 (cinco) anos, conforme previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes. 2. Ordem concedida." (STF, *HC* 130613, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015, Processo Eletrônico DJe-255 Divulg 17-12-2015 Public 18-12-2015)

Conferir também: (STF - *HC* 130613, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015, processo eletrônico DJe-255 divulg 17-12-2015 public 18-12-2015; *HC* 130500, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 24/11/2015, processo eletrônico DJe-255 divulg 17-12-2015 public 18-12-2015; *HC* 126315, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015, Processo Eletrônico DJe-246 divulg 04-12-2015 public 07-12-2015, entre outros).

Sendo assim, entendo que, na hipótese, a circunstância judicial dos maus antecedentes deve ser neutralizada em favor do ora apelante.

Passo a nova dosimetria da pena.

Primeira fase: Neutralizada a circunstância dos maus antecedentes, restando como negativa a quantidade e natureza da droga apreendida (2,3kg de cocaína) a pena-base deve ser reduzida para 6 anos e 6 meses de reclusão e 650 dias-multa.

Segunda fase: Presente a atenuante da confissão espontânea, pelo que reduzo a pena no patamar de 1/6, fixando a pena intermediária em 05 anos e 05 meses de reclusão e pagamento de 550 dias-multa.

Terceira fase: Ausentes outras moduladoras a serem apreciadas, pelo que fixo a pena definitiva em 05 anos e 05 meses de reclusão e pagamento de 550 dias-multa.

Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, a defesa requer o abrandamento para o regime aberto e o órgão acusatório pugna pelo recrudescimento ao regime fechado.

Entretanto, razão não lhes assiste.

Trata-se de réu tecnicamente primário e a grande maioria das circunstâncias judicias lhe são favoráveis, de modo que não há como recrudescer o regime inicial de pena.

Por outro lado, verifica-se que a pena é superior a quatro anos e o delito de tráfico envolve 2,3kg de cocaína, de sorte que, em atenção as diretrizes do art. 33 do CP, a manutenção do regime inicial semiaberto é medida que se impõe.

Diante do exposto, divirjo em parte do nobre Relator e voto no sentido de prover parcialmente o recurso defensivo a fim de reduzir a pena base e negar provimento ao recurso ministerial, mantendo o regime inicial semiaberto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Quanto ao recurso ministerial: proveram por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o vogal.

Quanto ao recurso defensivo: negaram provimento por maioria, nos termos do voto do relator, vencido, em parte, o vogal. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jonas Hass Silva Júnior, Juiz Waldir Marques e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 7 de abril de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior
Apelação Criminal nº 0000072-93.2015.8.12.0052 – Anastácio

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FALSIDADE IDEOLÓGICA – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DO CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO – REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE OUTRO INSTITUTO NÃO PEDIDO PELA ACUSAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO.

O concurso formal impróprio, previsto na segunda parte do *caput* do art. 70 do CP, caracteriza-se quando o agente pratica com uma só ação ou omissão dois ou mais crimes, sendo querido o resultado de cada um deles. Por isso, é aplicado o cômputo material das penas. No caso, em face de ter ocorrido mais de uma ação (confecção de sete atestados com declaração falsa), que resultou em mais de dois crimes, resta descaracterizado o concurso formal impróprio.

Embora esteja visualizado a continuidade delitiva, prevista no art. 71 do CP, inviável se torna seu reconhecimento, já que o Ministério Público não pediu alternativamente sua incidência, pois limitou-se a requer apenas o reconhecimento do concurso formal impróprio. Na hipótese de aplicação, de ofício, da continuidade delitiva, haveria *reformatio in pejus* por julgamento extra petita, o que não é admitido em nosso ordenamento jurídico.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por unanimidade, contra o parecer, negaram provimento ao recurso do Ministério Público. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 12 de maio de 2020.

Des. Jonas Hass Silva Júnior - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

O Ministério Público apelou da sentença que condenou a acusada Keila Fanhani Tardivo à pena de 1 ano, 2 meses e 11 dias de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, como no art. 299 c/c seu parágrafo único, do CP, sendo substituída a pena corporal por duas restritivas de direitos.

Requereu a reforma da sentença a fim de que seja reconhecido o concurso formal impróprio. Apresentou prequestionamento (f. 196-202).

Contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 204-211).

O parecer da PGJ é pelo provimento do recurso (f. 223-227).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

Consta dos autos que o Ministério Público ofereceu denúncia contra Keila Fanhani Tardivo pela prática do crime de falsidade ideológica, previsto no art. 299 do CP, por sete vezes, em razão dos seguintes fatos narrados na denúncia (f. 1-3):

> *"Consta do incluso Inquérito Policial que no dia 22 de abril do ano de 2014, no Posto de Saúde - ESF Anastácio, situado na Rua Dom Aquino, nº 490, bairro Centro, nesta cidade e Comarca de Anastácio/MS, a denunciada acima qualificada, prevalecendo-se de seu cargo público, inseriu declaração falsa em 07 (sete) atestados médicos, falsificando para tanto, a assinatura da médica Analice Mendes Fialho.*
>
> *Conforme apurou-se, a médica Analice Mendes Fialho, que na época dos fatos, trabalhava no Posto de Saúde ESF nesta cidade, recebeu uma ligação, no dia 14 de novembro de 2014, do médico Jorge Alberto, da cidade de Campo Grande, o qual lhe comunicara acerca da suspeita de falsificação de alguns atestados médicos emitidos no nome da mesma.*
>
> *Tal suspeita deu-se em razão do grande número de atestados médicos com assinatura da médica Analice, os quais foram apresentados por Josiel Pereira Barbosa (que na época, era funcionário do cunhado de Jorge Alberto, na empresa Edyp Ind. E Com. De Máquinas LTDA).*
>
> *Não obstante, Jorge Alberto enviou para Analice, através do aplicativo WhatsApp, as fotos dos referidos atestados, tendo a mesma rapidamente constatado que as assinaturas opostas nos atestados não eram suas. Destarte, Analice narrou a situação para a enfermeira Nabila Beltramin Gomes, o qual por sua vez, indagou a denunciada, a qual atuava como auxiliar administrativo no referido Posto de Saúde.*
>
> *Ocorre que, três dias após a descoberta da falsificação dos atestados, a denunciada procurou a médica Analice e confessou que havia falsificado as assinaturas.*
>
> *A denunciada também confessou a autoria delitiva em seu interrogatório perante a autoridade policial.*
>
> *A materialidade e autoria delitiva restam devidamente comprovadas pelo boletim de ocorrência f. 03; Auto de exibição e apreensão das 07 cópias de atestado médico falsificados pela denunciada (f. 07-13 e f. 34-37); Laudo pericial grafotécnico que constatou que as grafias existentes nos atestados partiram do punho da denunciada f. 51-67; Interrogatório da denunciada f. 73; Depoimento das testemunhas, bem como outros documentos pertinentes acostados nos autos.*
>
> *Diante do exposto, o Ministério Público Estadual denuncia Keila Fanhani Tardivo como incursa no tipo penal descritos no artigo 299, Parágrafo Único (por 7 vezes), do Código Penal, requerendo seja citada e intimada para apresentar resposta à acusação na forma da Lei."*

Encerrada a instrução criminal, o Juiz de Direito da Vara Única de Anastácio, julgou procedente a denúncia para condenar a acusada Keila Fanhani Tardivo à pena de 1 ano, 2 meses e 11 dias de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, como incurso no art. 299 c/c seu parágrafo único, do CP, sendo substituída a pena corporal por duas restritivas de direitos. Registra-se que o fato de ter sido inserido declaração falsa em sete atestados médicos foi considerado como critério de aumento da pena-base em razão do desfavorecimento da culpabilidade (f. 176-181).

O Ministério Público requereu em suas razões de apelação, única e exclusivamente, o reconhecimento do concurso formal impróprio ou imperfeito, previsto na segunda parte do *caput* do art. 70 do CP, em razão da seguinte justificativa (f. 200):

> *"(...) a ré, aproveitando-se de sua função, em uma só conduta, pegou e inseriu declaração falsa em 07 (sete) atestados médicos, para poder ajudar um conhecido de longa data. A ação, embora única, dirigida finalisticamente, dolosamente, à produção de 07 resultados a favor de Josiel."*

Contudo, em que pese a alegação do Ministério Público, o concurso material impróprio não ficou caracterizado.

O art. 70 do CP, prescreve o seguinte:

> *"Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior."*

Com efeito, nota-se que o dispositivo é claro em prever, que tanto para o concurso formal próprio, previsto na primeira parte do *caput*, como o impróprio, descrito na segunda parte, o agente, mediante uma só conduta (ação ou omissão), deve praticar dois ou mais crimes.

No caso, diferente do alegado pelo Ministério Público, não ocorreu apenas uma ação que gerou sete crimes, mas sim, sete ações distintas que geraram sete crimes idênticos, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, o que, em tese, caracterizaria a continuidade delitiva, prevista no art. 71 do CP, já que a acusada, na condição de atendente de um posto de saúde, confessou que inseriu declaração falsa em sete atestados médicos diferentes e os entregou a um conhecido seu para que ele entregasse na empresa onde trabalha.

Assim, mostra-se inviável o reconhecimento do concurso formal impróprio.

Por outro lado, deve ser destacado que o Ministério Público pediu, única e exclusivamente, o reconhecimento do concurso formal impróprio, e, na hipótese de reconhecimento, de ofício, da continuidade delitiva, estaríamos diante da reformatio *in pejus* por decisão extra petita, o que não é admitido em nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência do STJ:

> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA – ART. 1º, I, DA LEI N. 8.137/1990 – RECONHECIMENTO DA INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA – JULGAMENTO EXTRA PETITA – REFORMATIO IN PEJUS – AUSÊNCIA NA ACUSAÇÃO DE REFERÊNCIA EXPRESSA A MAIOR REPROVABILIDADE DO ATO. (...) 2. Na hipótese, o Tribunal Regional extrapolou os limites de cognição do apelo interposto pela acusação, pois reconheceu a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no art. 12, I, da Lei n. 8.137/1990 sem que houvesse pedido expresso do órgão acusatório nesse sentido, ampliando, com isso, o efeito devolutivo do reclamo. 3. Agravo regimental improvido."* (AgRg no AgRg no AREsp 230.278/PE, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 04/02/2016, DJe 23/02/2016)

Por fim, quanto ao prequestionamento, a matéria foi debatida restando desnecessária a indicação pormenorizada.

Ante o exposto, contra o parecer, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, negaram provimento ao recurso do ministério público. Decisão contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

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, 12 de maio de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior
Apelação Criminal nº 0041152-54.2019.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – CRIME MILITAR – CORRUPÇÃO PASSIVA – REDUÇÃO DA PENA-BASE – AFASTAMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS NA SENTENÇA – IMPOSSIBILIDADE – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E COM BASE EM ELEMENTOS CONCRETOS EXTRAÍDOS DOS AUTOS – *QUANTUM* ESTABELECIDO DE FORMA PROPORCIONAL E RAZOÁVEL – PEDIDOS DE RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES RELATIVAS AO COMETIMENTO DO CRIME POR RELEVANTE VALOR SOCIAL OU MORAL E À CONFISSÃO ESPONTÂNEA E DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AMENTO DE PENA DESCRITA NO ART. 308, § 1º, DO CPM – INVIABILIDADE – REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA FECHADO – PLEITO PELA ALTERAÇÃO – NÃO POSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – RÉU QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP – PENA ACESSÓRIA DA PERDA DO CARGO PREVISTA NO ART. 102 DO CPM – POSSIBILIDADE – DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – PRISÃO PROCESSUAL MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO DE OFÍCIO – OPERADA A RETIFICAÇÃO DA PENA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA EM RAZÃO DE EVIDENTE ERRO MATERIAL.

Mantêm-se as circunstâncias judiciais previstas no art. 69 do Código Penal Militar referente: a intensidade do dolo; a extensão do dano; ao modo de execução do crime; e, a atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime, posto que possuem fundamentação idônea e com base em elementos concretos extraídos dos autos. Outrossim, considerando que foram valoradas como negativas 4 das 8 circunstâncias judiciais, o *quantum* de elevação da pena-base em 1 ano e 6 meses de reclusão, mostrou-se proporcional e razoável, bem como suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

No caso, restou inequívoco que o apelante não confessou o crime e que a conduta perpetrada não foi movida pelo interesse coletivo ou individual adequado aos princípios éticos dominantes. Atenuantes não reconhecidas.

Mantém-se a causa de aumento de pena prevista no § 1º do art. 308 do CPM, posto que restou evidenciado no caderno processual que o agente deixou de praticar ato de ofício, uma vez sabendo dos conflitos entre indígenas e proprietários de terras, utilizou-se de sua função de policial militar para obter vantagem ilícita, pois, não fosse isso, teria informado a seus superiores do Batalhão acerca da hostilidade na região, para que, se fosse o caso, a Polícia Militar adotasse uma intervenção contundente e resolvesse o problema, expulsando os índios invasores.

Existindo evidente erro material (erro de cálculo) na terceira fase da dosimetria de pena, deve ser, *ex officio*, corrigida a pena. No caso, a pena passa de 6 anos de reclusão para 4 anos e 8 meses de reclusão.

Não há como acolher o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, eis que a pena do recorrente ultrapassa 4 anos de reclusão. Além disso, o grau do dolo do agente, o qual analogicamente corresponde à culpabilidade, ferindo o disposto no artigo 44, inciso III, do Código Penal.

Deflui-se da sentença recorrida que a pena acessória consistente na exclusão do apelante dos quadros da Polícia Militar não se deu exclusivamente de forma automática, mas motivada por outro elemento constante dos autos, motivo pelo qual deve ser mantida.

O *quantum* da pena aplicado (4 anos e 8 meses de reclusão), aliado às circunstâncias judiciais valoradas referentes a intensidade do dolo, maior extensão do dano, modo de execução e atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento do réu após o crime, justificam o recrudescimento do regime inicial de cumprimento de pena para o fechado, consoante disposto no art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do Código Penal.

Estando ainda presentes os motivos determinantes da prisão cautelar, não há falar na imediate soltura do apelante.

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 negaram provimento e, de ofício, retificaram a pena. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 9 de junho de 2020.

Des. Jonas Hass Silva Júnior - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

O 3º SGT Waldison Candido Francisco interpôs apelação contra a sentença que o condeno à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no crime de corrupção passiva tipificado no art. 308, § 1º, do CPM.

Requereu: a redução da pena-base ao mínimo legal; o reconhecimento das atenuantes previstas no art. 72, inciso III, alíneas "a" e "d", do CPM; o decote da causa especial de aumento de pena descrita no art. 380, § 1º, do mesmo código; a alteração do regime inicial de cumprimento de pena; a substituição da pena privativa de liberdade por restrita de direitos; a exclusão da pena acessória da perda do cargo; e, o direito de recorrer em liberdade. Elaborou prequestionamento (f. 472-496).

Contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 553-569).

A PGJ opinou pelo parcial do provimento do apelo tão somente para afastar as moduladoras referentes à extensão do dano e ao modo de execução do crime (f. 578-590).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

O 3º SGT Waldison Candido Francisco foi denunciado nos seguintes termos:

> *"Conforme se extrai dos autos, no dia 21 de outubro de 2019, por volta das 16hs, no supermercado Abevê Parque do Lago, localizado na rua Antônio Emílio de Figueiredo, nº 170, região central da cidade de Dourados/MS, o denunciado 3º Sgt Waldison Cândido Francisco obteve para si e para outrem, indevida vantagem econômica, constrangendo a vítima Giovanni Jolando Marques, mediante grave ameaça, a tolerar que fosse praticado ato lesivo ao patrimônio de terceiro.*
>
> *Depreende-se do presente auto de prisão em flagrante, que a vítima Giovanni Jolando Marques é dono da propriedade rural denominada Sitioca Boa União, localizada na Avenida Guaicurus, km 04, cuja área é também chamada de perimetral norte.*

A referida região é bastante conhecida em razão dos constantes conflitos entre indígenas e proprietários de terras, sendo, muitas vezes, necessária a intervenção das forças de segurança pública para evitar confrontos diretos.

Nesse contexto, na data de 15 de outubro do corrente ano, a vítima Giovanni recebeu da pessoa identificada apenas como 'Racib' a informação de que Dirce Veron poderia auxiliar na questão dos conflitos com indígenas naquela região.

Assim, na mesma data, Giovanni reuniu-se com Dirce no restaurante Gringo's, ocasião em que Dirce afirmou que, para resolver a situação, os produtores rurais deveriam pagar o valor de R$ 150,000,00 (cento e cinquenta mil reais) para as 6 lideranças das comunidades indígenas invasoras. Diante da hesitação de Giovanni, Dirce telefonou para o denunciado Sgt Waldison, que compareceu ao local e se apresentou como policial militar, dizendo que iria conversar com os líderes da invasão para cessar os ataques.

Após ouvir a Sra. Dirce exigir o dinheiro em troca da resolução do problema, o denunciado passou a argumentar que ele poderia resolver o problema, inclusive conversando com líderes para cessar as invasões. Ainda, juntamente com o denunciado, Dirce ameaçou a vítima dizendo que 'se a polícia soubesse desse encontro o negócio ia piorar' (f. 30). Após a reunião, Dirce e o denunciado foram embora juntos.

A vítima Giovanni relatou os fatos ao Sr. Alan, também produtor rural na área invadida, na intenção de juntos decidirem como iriam proceder.

Já no dia seguinte, Dirce enviou a Giovanni fotos do denunciado Sgt Waldison, ao lado de lideranças indígenas atuantes na invasão, de modo a convencê-los da influência que o denunciado exercia sobre os indígenas.

Nesse mesmo dia, Dirce solicitou nova reunião com a vítima, ocasião em que se encontraram, primeiramente, no Posto Top 7, de onde se deslocaram até a Padaria Pão da Hora. Nessa ocasião, Dirce estava acompanhada pelo denunciado Sgt Waldison, que utilizou uma viatura da PMMS para seu deslocamento.

Nessa reunião as ameaças foram mais incisivas, visto que Dirce, juntamente com o policial denunciado disse que 'para ter paz os produtores teriam que pagar' e 'se fossem pagos os R$ 150.000,00 a confusão pararia' (f. 31).

Na mesma oportunidade, o denunciado ainda exigiu a quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), alegando que seria para fazer um 'pucheiro' para os índios, sendo dito pela vítima que não tinha o dinheiro e que iria conversar com os demais produtores rurais. Encerrada esta reunião, o denunciado e a Sra. Dirce foram embora juntos, na viatura da Polícia Militar.

Em novo encontro, na mesma padaria, no dia 17 de outubro, Dirce e o denunciado Sgt Waldison debateram novamente com a vítima acerca do pagamento, alegando que eles haviam entrado em contato com a liderança indígena e que se houvesse o pagamento, não haveria maiores problemas. Importante frisar que, após essa reunião, não houve qualquer tipo de ataque contra as propriedades.

Totalmente intimidados pela situação, diante do potencial controle do denunciado Sgt Waldison sobre a situação, a vítima e o Sr. Alan chegaram à conclusão de que se não fizessem o pagamento continuariam sofrendo ataques, prejudicando o plantio. Sendo assim, Alan disse para a vítima que realizaria o pagamento de R$ 120.000,00 (cento e vinte mil) ao denunciado, em quatro parcelas semanais.

Em continuidade as negociações, no dia seguinte (sexta-feira), Giovanni reuniu-se com Dirce no mesmo lugar de costume, ocasião em que foi ameaçado por ela, que afirmou que 'as lideranças estavam começando a ficar com raiva em razão da indefinição no pagamento e que poderia haver problemas', afirmando, ainda, que 'no final de semana a coisa iria esquentar'.

Diante da situação, sentindo-se totalmente coagida, a vítima disse para Dirce que pagaria R$120.000,00 (cento e vinte reais), em quatro parcelas, mas que o valor não era seu, e que no ato do pagamento da primeira parcela Dirce deveria estar acompanhada de uma das lideranças indígenas.

Finalmente, no dia 21 de outubro, ficou ajustado, via telefonema realizado pelo denunciado e pela Sra. Dirce, que o pagamento da primeira parcela no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), fosse feito no mercado Abevê do Parque do Lago. Assim sendo, a vítima foi para o local determinado. Na ocasião, Dirce afirmou que as lideranças não queriam ir no encontro e que 'se o valor não fosse pago hoje, ninguém ia dormir mais nas propriedades localizadas na área do conflito', dizendo, ainda que 'Giovanni não servia para esse tipo de coisa' e que 'as lideranças iriam reagir se a primeira parcela não fosse paga'.

Ajustaram então encontrar-se às 14hs para o pagamento do valor exigido pelo denunciado e Dirce. Quando já estava no supermercado, Giovanni presenciou Dirce chegando acompanhada pelo denunciado Sgt Waldison, que ficou aguardando na motocicleta, enquanto Dirce e a vítima foram até o carro de Giovanni para a entrega do valor.

No momento em que Dirce pegou a sacola contendo R$ 30.000,00, a equipe da Polícia Civil a abordou, anunciando sua prisão em flagrante. Concomitantemente, o Major PM Cláudio Luis Ferreira Muzili abordou e prendeu em flagrante o denunciado.

Diante do exposto, e, uma vez demonstradas a autoria e materialidade delitivas, o Ministério Público Estadual, através de sua Promotora de Justiça in fine assinada, oferece denúncia em face do policial militar 3º Sgt Waldison Cândido Francisco, como incurso nas sanções do crime previsto no artigo 243, alínea 'a' (extorsão) c.c artigo 242, § 2º, inciso II (concurso de duas pessoas), do Código Penal Militar."

Realizada a instrução, o Conselho Permanente de Justiça julgou parcialmente procedente a denúncia para desclassificar a conduta e condenar o 3º SGT Waldison Candido Francisco à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado, como incurso no crime de corrupção passiva tipificado no art. 308, § 1º, do CPM (f. 437-438 e 447-464).

Inconformado, Waldison Candido Francisco, interpôs apelação requerendo: a) a redução da pena-base ao mínimo legal; b) o reconhecimento das atenuantes previstas no art. 72, inciso III, alíneas "a" e "d", do CPM; c) o decote da causa especial de aumento de pena descrita no art. 380, § 1º, do mesmo código; d) a alteração do regime inicial de cumprimento de pena; e) a substituição da pena privativa de liberdade por restrita de direitos; f) a exclusão da pena acessória da perda do cargo; e, g) o direito de recorrer em liberdade. Elaborou prequestionamento (f. 472-496).

A pena do apelante foi fixada nos seguintes moldes:

"Passo a fixação da pena.

A) Dosimetria penal:

Em atenção as circunstâncias judiciais descritas no art. 69 do CPM, concluiu-se que o réu agiu com elevado grau de dolo, pois foi designado para compor o conselho da polícia militar comunitária na aldeia jaguapiru, justamente por sua condição de indígena, a qual, conforme dito anteriormente, lhe propiciava a realização de um policiamento ímpar na região. Todavia, Waldison, utilizando-se de sua função de policial militar, voltou-se totalmente contra os fins do Estado. Isto é, em vez de coibir as invasões dos indígenas e/ou auxiliar os proprietários rurais da maneira correta, colocou em prática uma empreitada criminosa na tentativa de lucrar econômica com ela, situação que merece grande reprovação.

Umbilicalmente associada à circunstância judicial retro-mencionada, verifica-se que a conduta do réu apresentou maior extensão no dano. Não há nenhuma dúvida de que, além dos próprios danos considerados no tipo penal imputado, o crime vertente refletiu elevados

prejuízos à imagem da Corporação Militar diante da sociedade e, inclusive, à própria Instituição Castrense.

Ora, os proprietários rurais da região do perimetral norte já sofriam transtornos de grandes proporções com as invasões indígenas, pois constantemente eram ameaçados e estavam impossibilitados de realizaram o plantio. A condutado do réu de solicitar vantagem indevida, maculou de modo exacerbado a imagem da Corporação, pois destruiu a única esperança que os proprietários de terra tinham para solução dos conflitos – circunstância esta que faz com que o réu mereça uma reprimenda elevada.

Nas sabias palavras da ilustre representante Ministerial, ipsis litteris: 'é intolerável este tipo de comportamento por parte de policial militar que, abusando de suas atribuições, age movido pelo interesse pessoal, violando os preceitos éticos da Corporação, adotando um comportamento repudiável, que reflete diretamente na credibilidade da PMMS enquanto Instituição que deve zelar pela segurança da sociedade e fiel cumprimento das leis. São comportamentos como estes que alimentam o descrédito que boa parte da sociedade tem manifestado para com a polícia, por isso a punição dos meliantes se impõe, não só como um castigo pelo ato ilícito que cometeram, mas também como resposta à descrença da população. (f. 367)'

Além disso, o modo de execução do crime também foi valorado negativamente, pois o delito foi praticado premeditadamente, sendo certo que o réu Waldison e a civil Dirce Veron estavam mancomunados para a exigência da vantagem indevida.

Outra circunstância judicial que pesou contra o réu foi a atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime. Mesmo diante de inúmeros elementos probatórios comprovando a prática delitiva, o réu não demonstrou arrependimento ou sequer vergonha de ser ligado ao crime imputado.

Por fim, com relação às demais circunstâncias judiciais, inferiu-se que elas integram o próprio tipo penal imputado ao réu ou não há provas nos autos que possibilitem uma valoração segura.

Por essas razões, fixa-se a pena-base acima do mínimo legal, precisamente em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Ante a inexistência de agravantes e/ou atenuantes a serem consideradas, mantém-se a pena-base inalterada na segunda fase da dosimetria.

Já na terceira fase, dado o reconhecimento da causa de aumento prevista no § 1º do art. 308 do CPM, majora-se a pena na fração de 1/3, perfazendo-se 6 (seis) anos de reclusão, sanção considerada definitiva ante a inexistência de outras circunstancias legais.

B) Do regime prisional e da não concessão do sursis:

Fixa-se o regime inicial fechado, diante da reprovabilidade concreta da conduta e a presença de circunstâncias judiciais negativas referentes a intensidade do dolo, maior extensão do dano, modo de execução e atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento do réu após o crime, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, assim como em atenção ao enunciado da Súmula 719, do STF e do HC 125.589 AgR, rel. min. Celso de Mello, 2ª T, j. 19-5-2015, DJE 124 de 26-6-2015.

Outrossim, deixa-se de conceder a suspensão condicional da pena privativa de liberdade pelo não preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos (CPM, art. 84)."

Do pedido de redução da pena-base.

Vê-se, portanto, que o Conselho Permanente de Justiça considerou como negativas as circunstâncias judiciais previstas no art. 69 do CPM referente: a intensidade do dolo; a extensão do dano; ao modo de

execução do crime; e, a atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime, elevando, desse modo, a pena-base em 1 ano e 6 meses acima do mínimo legal.

Todas as 4 circunstâncias judiciais valoradas possuem fundamentação idônea e com base em elementos concretos extraído dos autos.

No que pertine à intensidade do dolo, de fato, o caderno processual demonstra que o apelante era integrante do conselho da polícia militar comunitária na aldeia Jaguapiru, justamente por sua origem indígena, condição que lhe propiciava a realização de um policiamento ímpar na região. Entretanto, o apelante aproveitando-se de sua função, voltou-se contra os fins do Estado e, em vez de coibir as invasões dos indígenas e/ou auxiliar os proprietários rurais da maneira correta, colocou em prática uma empreitada criminosa na tentativa de lucrar economicamente, o que indica maior censurabilidade e a reprovabilidade da conduta, de modo que a valoração atribuída merece ser mantida.

Quanto a extensão do dano, entendo, tal como o Conselho Permanente de Justiça que a conduta do apelante extrapolou o tipo pena, pois, de fato, destruiu a única esperança que os proprietários de terra tinham para solução dos conflitos – circunstância esta que faz com que o réu mereça uma reprimenda elevada.

Já no que diz respeito ao modo de execução do crime, tal circunstância valorada como desfavorável, de igual forma, deve ser mantida, posto que evidente a premeditação do crime, inclusive em coautoria com terceira pessoa (civil), o que, a toda evidência justifica a exasperação da pena.

No que se refere à atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime, depois de ouvir atentamente o interrogatório judicial de f. 323, percebi claramente que o apelante realmente não demonstrou arrependimento ou sequer vergonha de ser ligado ao crime imputado, modo que mantenho tal circunstância valorada como negativa.

Outrossim, como sabido, o Código Penal Militar não estabelece um percentual mínimo ou máximo para elevação da reprimenda em razão de cada circunstância judicial desfavorável, de modo que tal atividade insere-se no campo de discricionariedade do magistrado, o qual avaliará, em cada caso concreto, a quantidade de pena suficiente para a prevenção e reprovação do delito, em atenção ao princípio da individualização da pena.

O art. 308 do CPM estabelece pena mínima de 2 anos e máxima de 8 anos para o crime de corrupção passiva, havendo, portanto, um intervalo de 6 anos entre a pena mínima e máxima.

Nesse contexto, considerando que foram valoradas como negativas 4 das 8 circunstâncias judiciais, o *quantum* de 1 ano e 6 meses de elevação da pena-base, mostrou-se proporcional e razoável, bem como suficiente para a prevenção e reprovação do delito.

Mantenho, dessa forma, a pena-base em 3 anos e 6 meses de reclusão.

Das atenuantes.

O apelante requereu ainda o reconhecimento na segunda fase da dosimetria de pena das atenuantes relativas ao cometimento do crime por relevante valor social ou moral e à confissão espontânea, na forma do art. 72, III, "a" e "d", do CPM.

Sem razão. Não há como reconhecer as referidas atenuantes.

Inexiste elementos nos autos a demonstra que o crime foi cometido por relevante valor social e moral, bem como observa-se pelo interrogatório judicial do apelante que este em momento algum confessa a conduta delitiva, ao contrário, afirma ele que não solicitou qualquer vantagem indevida.

Nesse sentido, transcrevo o parecer da PGJ, que nesse ponto, adoto como razões complementares de decidir, *in verbis*:

"A defesa requer a diminuição da pena intermediária, pelo reconhecimento das atenuantes relativas ao cometimento do crime por relevante valor social ou moral e à confissão espontânea. Não assiste razão à insurgência defensiva.

Conforme prevê o artigo 72, inciso III, alínea 'c', da lei penal militar, é atenuada a pena do agente que comete o ilícito por motivo de relevante valor social ou moral, contudo, como bem observou o Parquet de 1º grau, 'ficou patente dos autos que o apelante agiu de maneira premeditada e usou da questão indígena para exigir a vantagem indevida'3, já que provou-se que buscava auferir a quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) sob o pretexto de influir nos recorrentes conflitos indígenas que assolam a cidade de Dourados/MS.

Assim, é inequívoco que a conduta perpetrada pelo apelante não foi movida pelo interesse coletivo ou individual adequado aos princípios éticos dominantes4, de modo que não resta configurada a pretendida circunstância legal. Com o mesmo norte, decidiu o colegiado local:

'EMENTA – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO ALEGADO LEGÍTIMA DEFESA – EXCLUDENTE – NÃO CONFIGURADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE PREVISTA NO ARTIGO 65, III, 'a', DO CP – RELEVANTE VALOR SOCIAL OU MORAL – AUSÊNCIA DE PROVAS – RECURSO IMPROVIDO. Ausentes provas da legítima defesa putativa alegada pelo réu, não há como acolher o pedido absolutório. A ausência de provas do cometimento do crime por relevante valor moral ou social afasta a pretensão recursal de aplicação da referida atenuante'. (TJMS. Apelação Criminal n. 0018872-94.2016.8.12.0001, Campo Grande, 2ª Câmara Criminal, Relator: Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 13/12/2018).

Quanto ao pleito de reconhecimento da aplicação da atenuante da confissão, é cediço que o objetivo da benesse é premiar aquele que se arrepende da prática do crime, ajuda nas investigações e no esclarecimento da verdade.

No caso em apreço, o apelante, ao contrário, buscou tumultuar a instrução criminal, em nítida demonstração de que não tinha a intenção de ajudar no deslinde do processo, uma vez que negou a prática delitiva, alegando que teria pedido à vítima Giovanni R$ 15.000,00 (quinze mil reais) para fazer um pucheiro para a comunidade indígena, contudo o valor não lhe teria sido dado, de modo que pagou a refeição do próprio bolso.

Ademais, cumpre ressaltar que o benefício legal da diminuição da reprimenda pressupõe que o acusado forneça ao magistrado, apenas com sua confissão, a convicção irrefutável de que praticou o delito, o que não ocorreu in casu.

Sobre o tema é o entendimento do E. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul:

'(...) – HOMICÍDIO QUALIFICADO – CONFISSÃO QUALIFICADA – INAPLICABILIDADE DA ATENUANTE – NÃO PROVIMENTO. Ao acusado que aponta tese justificativa para a conduta praticada, caracterizando a confissão qualificada, não é devida a redução de pena.x.' (TJ/MS; Relator: Des. Carlos Eduardo Contar; Comarca: Aquidauana; Órgão julgador: Seção Criminal; Data do julgamento: 09/09/2015).

Destarte, agiu com acerto o magistrado ao negar a aplicação das atenuantes em comento, devendo-se manter incólume a segunda fase da dosimetria da pena."

Nesses termos, mantenho inalterada a pena intermediária.

Da causa de amento de pena descrita no art. 308, § 1º, do CPM.

Novamente não assiste razão o apelante.

Como bem restou evidenciado no caderno processual, de fato, apelante deixou de praticar ato de ofício, uma vez que, como pontuado pelos julgadores do Conselho Permanente de Justiça, *"sabendo dos conflitos*

entre indígenas e proprietários de terras, utilizou-se de sua função de policial militar para obter vantagem ilícita, pois, não fosse isso, teria informado a seus superiores do Batalhão acerca da hostilidade na região, para que, se fosse o caso, a Polícia Militar adotasse uma intervenção contundente e resolvesse o problema, expulsando os índios invasores."

Portanto, mantenho incidência da referida causa de aumento.

Entretanto, vejo um erro material na fixação da pena na terceira fase da dosimetria e que deve ser corrigida *ex officio*.

Isso, porque o aumento da pena em 1/3 como determina o § 1º do art. 308 do CP sobre a pena intermediária (3 anos e 6 meses) importa em 4 ano e 8 meses de reclusão e não em 6 anos como constou no último parágrafo de f. 459.

Dessa forma, de ofício, corrijo a pena do apelante na terceira fase da dosimetria para 4 anos e 8 meses, a qual torno definitiva.

Da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Não há como acolher o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, eis que a pena do recorrente ultrapassa 4 anos de reclusão. Além disso, como bem lançado pela PGJ o *"grau do dolo do agente, o qual analogicamente corresponde à culpabilidade, ferindo o disposto no artigo 44, inciso III, do Código Penal."*

Da pena acessória da perda do cargo prevista no art. 102 do CPM.

Deflui-se da sentença de f. 477-464 que a pena acessória consistente na exclusão do apelante dos quadros da Polícia Militar não se deu exclusivamente de forma automática, mas motivada por outro elemento constante dos autos.

A propósito, colho o parecer da PGJ, o qual adoto como razões complementares de decidir. Vejamos:

> *"Analisando os autos, verifica-se que o provimento jurisdicional é irretocável, uma vez que embasado não somente no quantum de pena aplicada, mas também na gravidade in concreto da conduta praticada, em sua incompatibilidade com o cargo que o réu ocupa e no elevado reflexo negativo que inflige à instituição. Vejamos:*
>
> *(...) por fim, conforme restou demonstrado nos autos, a conduta praticada pelo réu revelou-se extremamente grave e totalmente incompatível com o cargo que ocupa.*
>
> *Isso porque sua conduta foi subversiva à moralidade e à probidade administrativa, o que vai completamente de encontro aos fins do Estado. Além disso, há de ser destacado que esses tipos de crimes refletem elevado prejuízo à imagem da Corporação Militar frente a sociedade e, inclusive, a própria Instituição Castrense, ferindo, ainda, o pundonor e o sentimento de dever.*
>
> *Outrossim, observa-se que no presente caso também está preenchido o requisito objetivo previsto no 102 do CPM, vez que o réu foi sentenciado à pena superior a dois anos.*
>
> *Destaca-se, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário RE 447859-MS, definiu que a pena acessória prevista no art. 102 do CPM possui plena eficácia e aplicação imediata, consignando que 'não é necessária a instauração de processo específico para a declaração da perda de graduação de praça da Polícia Militar condenado a pena privativa de liberdade superior a 2 (dois) anos'.*
>
> *Ante o exposto deve ser aplicado ao réu Waldison Cândido Francisco, portanto, a pena acessória consistente em sua exclusão dos quadros da Polícia Militar do Mato Grosso do Sul com fundamento no art. 102 do Código Penal Militar.*

Desse modo, uma vez fundamentada em elementos concretos e idôneos, não há que se falar em afastamento da pena de exclusão dos quadros da Polícia Militar.

Ademais, de acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 447.859/MS, não há que se falar na inconstitucionalidade do artigo 102 da lei penal militar, tampouco na necessidade instauração de processo específico para perda de graduação. In verbis:

'FORÇA MILITAR – PRAÇA – PERDA DO POSTO. Relativamente a praça, é inexigível pronunciamento de Tribunal, em processo específico, para que se tenha a perda do posto'. (STF - RE 447859, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2015, DJe-163 Divulg 19-08-2015 Public 20-08-2015 Ement Vol-03994-01 PP-00001).

Conclui-se, portanto, que a sentença guerreada não merece reparo, devendo ser mantida a exclusão do agente das fileiras da Polícia Militar do Mato Grosso do Sul, nos termos do artigo 102 do Código Penal Militar."

Outrossim, comungo do mesmo entendimento exarado pelo STF no julgamento do RE 447859.

Motivos esses, que mantenho a sentença nesse ponto também inalterada.

Do regime inicial de cumprimento da pena.

A sentença estabeleceu o regime inicial fechado para o cumprimento da pena.

Mais uma vez agiu com acerto o Conselho Permanente de Justiça, posto que o *quantum* da pena aplicado (4 anos e 8 meses de reclusão), aliado às circunstâncias judiciais valoradas referentes a intensidade do dolo, maior extensão do dano, modo de execução e atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento do réu após o crime, bem justificam o recrudescimento do regime, consoante disposto no art. 33, § 2º, "a", e § 3º, do CP.

Do direito de recorrer em liberdade.

No caso, de fato, a manutenção da prisão cautelar se mostra necessária para garantia da ordem pública, bem como pela exigência da manutenção das normas ou princípios de disciplina militar, consoante disposto no art. 255, "a" e "e", do CPPM.

A propósito, transcrevo as razões bem lançadas na sentença:

"(...)

Urge consignar, nesse tópico, que este Conselho de Justiça, por unanimidade, decidiu que o sentenciado não poderá apelar em liberdade, porquanto inferido que subsiste a imprescindibilidade da prisão processual com arrimo nos fundamentos de garantia da ordem pública e exigência da manutenção das normas ou princípios de disciplina militar (CPPM, art. 255, alíneas 'a' e 'e'). De início, impende registrar que, conforme se vê dos autos, o denunciado permaneceu preso durante toda a instrução processual-criminal, não sobrevindo nenhuma circunstância fática nova que tenha o condão de elidir as razões jurídicas que fundamentaram a sua prisão. (...) sob esse prisma, consoante já anotado na decisão que decretou a prisão preventiva do réu, impende repisar que a necessidade de manutenção da ordem pública se faz necessária para fins de evitar a reiteração do ilícito, ou seja, como forma de prevenção, pois os conflitos entre indígenas e proprietários rurais na região ainda não foram resolvidos, conforme afirmou o próprio réu no seu interrogatório judicial. De mais a mais, também consoante já consignado nas decisões que mantiveram a prisão do réu, proferidas em pedidos de revogação de prisão, infere-se que o crime praticado por ele é muito grave, pois além de naturalmente abalar a ordem pública, tem o condão de estremecer gravemente as normas e o princípio basilar da disciplina militar, os quais certamente serão frontalmente ameaçados com eventual concessão de liberdade ao sentenciado. Dessa

forma, é manifesta a imprescindibilidade de manutenção da prisão preventiva, porquanto além de abalo à ordem pública a liberdade do réu representaria uma afronta aos princípios da disciplina militar, vez que estes restariam abalados ante a conduta, em tese, altamente reprovável, afetando, dessa forma, a moral da tropa e denegrindo a imagem da Corporação perante a sociedade. (...) por fim, dessome-se que, pelas mesmas razões supracitadas, o caso não comporta a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. Isso porque, conforme já esposado acima, a segregação preventiva revela-se extremamente imprescindível para a garantia da ordem pública e, também, da manutenção das normas ou princípios de disciplina militar. (...) dessome-se, portanto, que a manutenção da prisão preventiva do sentenciado revela-se medida imprescindível e adequada para a garantia da ordem pública e, também, como exigência para a manutenção das normas ou princípios de disciplina militares (CPPM, art. 255, alíneas 'a' e 'e').''

Ademais, há que se registrar que o apelante também não trouxe, fundamentos hábeis a justificar que houve modificação no cenário fático-processual, de modo a viabilizar sua imediata colocação em liberdade.

Assim, mantenho a prisão processual.

Por fim, no tocante aos prequestionamentos, é prescindível a indicação pormenorizada dos dispositivos legais e constitucionais, uma vez que a matéria foi totalmente apreciada.

Ante o exposto, em parte com o parecer, nego provimento ao apelo. De ofício, corrijo a pena do apelante na terceira fase da dosimetria para 4 anos e 8 meses, a qual torno definitiva.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade negaram provimento e, de ofício, retificaram a pena. Decisão em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jonas Hass Silva Júnior, Juiz Waldir Marques e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 9 de junho de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. José Ale Ahmad Netto
Habeas Corpus Criminal nº 1402613-03.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – REVISÃO DA PRISÃO PREVENTIVA (ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP) – ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL DECORRENTE DE INOBSERVÂNCIA DA NOVA REGRA DO ART. 316, PARÁGRAFO ÚNICO, PELA AUTORIDADE COMPETENTE – INOCORRÊNCIA – PRAZO DE 90 DIAS PREVISTO NA NORMA AINDA NÃO TRANSCORRIDO – INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL A SER SANADO – ORDEM DENEGADA.

Segundo a nova regra do parágrafo único do art. 316, do CPP, inaugurada pela Lei n.º 13.964/2019, *"Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal"*. Contudo, não tendo transcorrido ainda o prazo de 90 dias a partir de sua vigência para que o órgão emissor do decreto de prisão preventiva - na hipótese, o Juízo de Direito da Vara de Justiça Militar Estadual - proceda a revisão dos pressupostos fáticos da cautelar, não há que se falar constrangimento ilegal a ser sanado por meio de *habeas corpus*.

Com o parecer, ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Denegaram unânime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 31 de março de 2020.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Camila Correa Antunes Pereira, advogada, impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor da paciente Maira Aparecida Torres Martins, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Auditoria Militar a Comarca de Campo Grande - MS.

Narra que a paciente foi condenada a uma pena de 12 (doze) anos, 03 (três) meses e 06 (seis) dias de reclusão em regime inicial fechado por lhe ter sido imputada a prática de recebimento de vantagem financeira para facilitação ao contrabando de cigarro, bem como, integração a organização criminosa especializada no contrabando de cigarros do Paraguai para o Brasil, fatos que teriam ocorrido entre os anos de 2016 a 2018.

Esclarece que a paciente impetrou *habeas corpus* perante este Tribunal de Justiça pleiteando o direito de recorrer em liberdade, mas a ordem foi denegada, e que posteriormente lhe foi concedida a liberdade por força de decisão liminar do STF no *HC* n.º 172.982-MS de 29/08/2019, contudo, quando submetido o feito ao colegiado, este acabou não conhecendo do *HC* e revogando a liminar. Por consequência, foi determinado pelo juiz de origem o retorno da paciente ao cárcere, em 09/10/2019.

Afirma que a paciente entende que sua prisão representa indevida execução antecipada da pena e que apesar de ter pleiteado a substituição por medidas cautelares diversas, foi indeferido o pedido pelo juízo de origem, sendo contra esta decisão que a paciente busca agora tutela por meio deste *writ*.

Evoca que a Lei n.º 13.964 de 24/12/2019 trouxe importantes modificações no tema da prisão preventiva, dentre as quais, o dever de motivar adequadamente a segregação cautelar a cada 90 dias.

Sustenta que como a prisão da paciente já ultrapassa 90 (noventa) dias considerado o momento da entrada em vigor da novel legislação (24/12/2019), tem ensejo a *"aplicação da regra atinente à necessidade de revisar a manutenção da prisão preventiva do requerente, por decisum concretamente fundamentado, sob pena de tornar a prisão ilegal, insculpida no parágrafo único do art. 316 do CPP."*

Discorre sobre as garantias asseguradas pela nova lei e aventa que os fatos ocorreram há mais de dois anos, até maio de 2018, de modo que *"há muito esmaeceu-se e não mais subsiste, até porque a suposta organização criminosa já se desmantelou com a prisão de 29 policiais militares no ano de 2018."*

Verbera que ausente qualquer traço de cautelaridade na segregação da paciente, nada impede que seja colocada em liberdade com aplicação das medidas alternativas de que trata o art. 319, do CPP e que as decisões anteriores são irrelevantes, porquanto baseadas em plexo normativo não mais em vigor.

Assevera que a prisão cautelar não foi reanalisada, devendo incidir a imposição legal de a cada 90 dias serem indicados os motivos da subsistência dos respectivos pressupostos e fundamentos, e que, a paciente, possuindo comportamento exemplar, além de não ter incorrido em outras condutas delitivas no período em que permaneceu solta (de agosto a novembro de 2019) deve ter a medida substituída por cautelares adequadas, na forma do art. 319, do CPP. No mais, que a sua liberdade não importa em ofensa à ordem pública ou à hierarquia militar, porquanto a paciente já se encontra na reserva há quase dois anos.

Requer, assim, liminarmente, a substituição da prisão preventiva pelas medidas cautelares diversas da prisão elencadas no art. 319, do CPP, e, ao final, a confirmação, ratificando-se em definitivo a substituição.

O *writ* foi recebido por este Relator às f. 124-126, tendo sido indeferido o pedido liminar.

Informações da autoridade indigitada coatora às f. 131-132.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 136-146 opinando pelo conhecimento e denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Camila Correa Antunes Pereira, advogada, impetra ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor da paciente Maira Aparecida Torres Martins, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Auditoria Militar a Comarca de Campo Grande - MS.

Narra que a paciente foi condenada a uma pena de 12 (doze) anos, 03 (três) meses e 06 (seis) dias de reclusão em regime inicial fechado por lhe ter sido imputada a prática de recebimento de vantagem financeira para facilitação ao contrabando de cigarro, bem como, integração a organização criminosa especializada no contrabando de cigarros do Paraguai para o Brasil, fatos que teriam ocorrido entre os anos de 2016 a 2018.

Esclarece que a paciente impetrou *habeas corpus* perante este Tribunal de Justiça pleiteando o direito de recorrer em liberdade, mas a ordem foi denegada, e que posteriormente lhe foi concedida a liberdade por força de decisão liminar do STF no *HC* n.º 172.982-MS de 29/08/2019, contudo, quando submetido o feito ao colegiado, este acabou não conhecendo do *HC* e revogando a liminar. Por consequência, foi determinado pelo juiz de origem o retorno da paciente ao cárcere, em 09/10/2019.

Afirma que a paciente entende que sua prisão representa indevida execução antecipada da pena e que apesar de ter pleiteado a substituição por medidas cautelares diversas, não foi conhecido o pedido pelo juízo de origem, sendo contra esta decisão que a paciente busca agora tutela por meio deste *writ.*

Evoca que a Lei n.º 13.964 de 24/12/2019 trouxe importantes modificações no tema da prisão preventiva, dentre as quais, o dever de motivar adequadamente a segregação cautelar a cada 90 dias.

Sustenta que como a prisão da paciente já ultrapassa 90 (noventa) dias considerado o momento da entrada em vigor da novel legislação (24/12/2019), tem ensejo a *"aplicação da regra atinente à necessidade de revisar a manutenção da prisão preventiva do requerente, por decisum concretamente fundamentado, sob pena de tornar a prisão ilegal, insculpida no parágrafo único do art. 316 do CPP."*

Discorre sobre as garantias asseguradas pela nova lei e aventa que os fatos ocorreram há mais de dois anos, até maio de 2018, de modo que *"há muito esmaeceu-se e não mais subsiste, até porque a suposta organização criminosa já se desmantelou com a prisão de 29 policiais militares no ano de 2018."*

Verbera que ausente qualquer traço de cautelaridade na segregação da paciente, nada impede que seja colocada em liberdade com aplicação das medidas alternativas de que trata o art. 319, do CPP e que as decisões anteriores são irrelevantes, porquanto baseadas em plexo normativo não mais em vigor.

Assevera que a prisão cautelar não foi reanalisada, devendo incidir a imposição legal de a cada 90 dias serem indicados os motivos da subsistência dos respectivos pressupostos e fundamentos, e que, a paciente, possuindo comportamento exemplar, além de não ter incorrido em outras condutas delitivas no período em que permaneceu solta (de agosto a novembro de 2019) deve ter a medida substituída por cautelares adequadas, na forma do art. 319, do CPP. No mais, que a sua liberdade não importa em ofensa à ordem pública ou à hierarquia militar, porquanto a paciente já se encontra na reserva há quase dois anos.

Requer, assim, liminarmente, a substituição da prisão preventiva pelas medidas cautelares diversas da prisão elencadas no art. 319, do CPP, e, ao final, a confirmação, ratificando-se em definitivo a substituição.

O *writ* foi recebido por este Relator às f. 124-126, tendo sido indeferido o pedido liminar.

Informações da autoridade indigitada coatora às f. 131-132.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 136-146 opinando pelo conhecimento e denegação da ordem.

É o relatório.

Passo a analisar.

O *habeas corpus* é ação constitucional que tem por finalidade precípua a tutela do direito de locomoção contra ato ilegal ou abusivo.

Em suma, a Defesa alega que a paciente está sofrendo constrangimento ilegal decorrente de a autoridade apontada como coatora não ter procedido a revisão da necessidade de manutenção da prisão preventiva em conformidade com a novidade legislativa do art. 316, parágrafo único do CPP, inaugurado pela Lei n.º 13.964/2019.

Postulou perante o Juízo de Direito da Vara de Justiça Militar Estadual a substituição da prisão por medidas cautelares alternativas, aduzindo que a citada novidade legislativa seria fato novo relevante que demandaria a análise da pretensão. Explanou, no mais, as razões pelas quais estariam ausentes os pressupostos justificadores da manutenção da custódia e por que seria o caso de substituição pelas medidas do art. 319, do CPP.

No entanto, a autoridade apontada como coatora não conheceu do pedido.

Nas informações de f. 131-132, consignou que:

> *"a paciente permaneceu presa durante toda a instrução, sendo que a necessidade de custódia cautelar já foi reapreciada, em sede de habeas corpus por este Colendo Tribunal de Justiça, assim como pelo STJ e STJ. / Segundo porque o Conselho Permanente de Justiça Militar a condenou a uma pena de 12 (doze) anos e 3 (três) meses de reclusão, inicialmente em regime fechado e, ainda, manteve sua prisão processual, diante da subsistência dos motivos que a ensejaram (...)." (Informações à f. 131-132).*

Para melhor elucidação da questão, oportuno observar o que consta na redação do parágrafo único do art. 316, do CPP:

> *"Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)*
>
> *Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal."*

Pois bem. Ocorre que, a Lei nº 13.964/2019 que inaugurou o novo dispositivo só entrou em vigor em 24/01/2020, não tendo decorrido ainda o prazo de 90 dias a partir de sua vigência para que o órgão emissor do decreto de prisão preventiva – o Juízo de Direito da Vara de Justiça Militar Estadual - proceda a revisão dos pressupostos fáticos da cautelar, como bem ponderado pela Procuradoria-Geral de Justiça no parecer de f. 136-146, *in verbis:*

> *"De outro vértice, não deve prosperar a alegação de que se trataria de indevida execução antecipada da pena e nem de que a prisão seria ilegal em decorrência da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, pois a paciente está presa em decorrência da manutenção dos requisitos da prisão preventiva, a qual é permitida mesmo que não tenha transitado em julgado a sentença condenatória, bem como porque* ***a Lei nº 13.964/2019 só entrou em vigor no dia 24/01/2020, de modo que ainda não decorreu o prazo de 90 dias do artigo 316, parágrafo único, do CPP.*** *Logo, não há que se falar em constrangimento ilegal a ser sanado via habeas corpus.*
>
> *Por oportuno, vale citar o* ***Enunciado nº 35 da Comissão Especial do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPG), o qual expressa que o esgotamento do prazo previsto no parágrafo único do art. 316 não gera direito ao preso de ser posto imediatamente em liberdade, mas direito ao reexame dos pressupostos fáticos da prisão preventiva.*** *A eventual ilegalidade da prisão por transcurso do prazo não é automática, devendo ser avaliada judicialmente."* (G.n.)

Com efeito, apesar de realmente ser competente a autoridade indigitada coatora para a providência de que trata o parágrafo único do art. 316, do CPP - revisão da necessidade de manutenção da prisão preventiva a cada 90 (noventa) dias - ainda não houve o transcurso do lapso temporal previsto na nova regra, inexistindo, pois, sem delongas, constrangimento ilegal a ser sanado por meio deste *writ.*

Por fim, acerca dos pressupostos para a manutenção da prisão preventiva e de seus consectários, dentre os quais a discussão a respeito da suficiência ou não das medidas cautelares alternativas do art. 319, do CPP, já foram analisados por este Tribunal de Justiça no *Habeas Corpus* n.º 1405684-47.2019.8.12.0000, que teve a ordem denegada por unanimidade nesta 2ª câmara criminal.

Em face dessas considerações, com o parecer, denego a ordem postulada em favor de Maira Aparecida Torres Martins.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Denegaram unânime. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Jonas Hass Silva Júnior e Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 31 de março de 2020.

***

1ª Seção Criminal
Relator Des. José Ale Ahmad Netto
Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0057803-11.2012.8.12.0001/50000
Campo Grande

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – RECEPTAÇÃO – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE FUNDAMENTADA NA AUSÊNCIA DE REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO OU DE PEDIDO DESSA NATUREZA FORMULADO DURANTE O PERÍODO DE PROVA – FUNDAMENTO INSUBSISTENTE – ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA FIRMADO EM SEDE DE JULGAMENTO DE RECURSO REPETITIVO – TEMA 920 – POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO DA BENESSE MESMO APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO SUSPENSIVO – NECESSIDADE DE PRÉVIA VERIFICAÇÃO DE CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES E DE NÃO OFERECIMENTO DE DENÚNCIA PELA PRÁTICA DE NOVO CRIME PELO BENEFICIÁRIO – OBRIGATORIEDADE DE INTIMAÇÃO DO ACUSADO PARA JUSTIFICAR OS MOTIVOS DO DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS – EMBARGOS REJEITADOS.

A considerar que faltas cometidas durante o período de prova podem acarretar a revogação do benefício de suspensão condicional do processo mesmo após o transcurso daquele prazo, a extinção da punibilidade declarada na sentença não poderia ser validamente fundamentada simplesmente na ausência de revogação do *sursis* processual ou de requerimento nesse sentido formulado pelo Ministério Público durante o mencionado lapso temporal.

Nesse sentido, sem descurar do que trata o art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/95, o mero transcurso do período de prova sem revogação do benefício em referência não induz automaticamente ao reconhecimento da extinção da punibilidade; antes que isso seja implementado juridicamente é necessário verificar se o beneficiário de fato cumpriu as condições estabelecidas e se não foi denunciado pela prática de novo delito no transcorrer do período de prova.

Constatada a prática de ato contrário ao que foi inicialmente estabelecido como condições a serem observadas durante o período de prova, é pertinente a instauração de procedimento para que o beneficiário justifique o descumprimento das medidas, quando só então poderá o juízo fundamentadamente revogar a medida, com retomada da ação penal, ou então declarar extinta a punibilidade.

Embargos rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por maioria, negaram provimento, nos termos do voto do Relator (Des. José Ale) vencido o 3º Vogal (Des. Ruy).

Campo Grande, 15 de abril de 2020.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de embargos infringentes opostos por Wellington Paulo Bornel dos Santos contra o v. acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal (f. 265-271) que, no julgamento da Apelação n. 0057803-11.2012.8.12.0001, em votação não unânime, deu provimento ao recurso do Ministério Público Estadual, vencido o 2º Vogal, para cassar a decisão de primeiro grau, tornando sem efeito a extinção da punibilidade, com determinação de retomada do procedimento penal acusatório.

Pugna pela prevalência do voto minoritário, exarado pelo i. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, vogal, que se posicionou pela manutenção da sentença extintiva da punibilidade.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do parecer de f. 14-18, manifesta-se pela rejeição dos embargos.

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de embargos infringentes opostos por Wellington Paulo Bornel dos Santos contra o v. acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal (f. 265-271) que, no julgamento da Apelação n. 0057803-11.2012.8.12.0001, em votação não unânime, deu provimento ao recurso do Ministério Público Estadual, vencido o 2º Vogal, para cassar a decisão de primeiro grau, tornando sem efeito a extinção da punibilidade, com determinação de retomada do procedimento penal acusatório.

Pugna pela prevalência do voto minoritário, exarado pelo i. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, vogal, que se posicionou pela manutenção da sentença extintiva da punibilidade.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do parecer de f. 14-18, manifesta-se pela rejeição dos embargos.

Passo a analisar.

O apelo formulado pela embargante foi desprovido, estando assim ementado o v. acórdão:

> *"EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – RECEPTAÇÃO – EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE PELO DECURSO DO PERÍODO DE PROVA DO SURSIS PROCESSUAL – DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – POSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO DE PROVA – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO.*
>
> *O descumprimento de condição assumida quando da suspensão condicional do processo emerge como causa de revogação do benefício, podendo ser declarada mesmo após expirado o período de prova, desde que concernente a fatos ocorridos na vigência da referida suspensão. Dessa forma, vislumbrado o descumprimento de condição livremente aceita, se afigura inevitável o provimento da irresignação ministerial a fim de possibilitar a revogação do benefício e o regular prosseguimento da ação penal correspondente."*

O voto vencedor, proferido pelo Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior, foi lançado nos seguintes termos:

> *"Observa-se que o cerne da questão reside na possibilidade ou não de revogação da suspensão condicional do processo, mesmo após decorrido o período de prova, se ficar demonstrado que durante aquele lapso temporal o agente descumpriu alguma das condições fixadas para a concessão do benefício.*
>
> *Contudo, tanto o STJ como está Corte já firmaram entendimento de que se forem descumpridas as condições impostas durante o período de prova da suspensão condicional do processo, o benefício poderá ser revogado, mesmo se já ultrapassado o prazo legal, desde que referente a fato ocorrido durante sua vigência.*

Confira-se julgado do STJ:

(...)

Dessa forma, sendo inegável que o agente descumpriu as condições imposta quando da concessão do sursis processual, pois no curso do período de prova, deixou de comparecer em juízo para justificar suas atividades, bem como não quitou com a prestação pecuniária arbitrada, a revogação da decisão que decretou a extinção da punibilidade é medida que se impõe.

Por fim, alerto que para ser determinada a revogação do sursis processual, sem que haja qualquer nulidade, deve ser oportunizada a justificação, nos termos da jurisprudência do STJ:

(...)

Ante o exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso do MP para cassar a decisão de primeiro grau, tornando-se sem efeito a extinção da punibilidade do agente, devendo o feito ter regular prosseguimento."

De outra parte, no voto vencido, proferido pelo 2º Vogal, constou o seguinte:

"Divirjo do e. Relator para negar provimento ao recurso ministerial.

Na hipótese, o magistrado singular declarou extinta a punibilidade do recorrido após ter decorrido o prazo de suspensão condicional do processo sem que houvesse a suspensão ou revogação do benefício durante o cumprimento das condições impostas, conforme decisão de f. 220-221 já transcrita no voto condutor.

Não merece reparos a decisão da colega de instância singela. Embora no § 4º do art. 89, da Lei n. 9.099/95 se estabeleça que a suspensão poderá ser revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano, tal situação, de fato, não ocorreu no curso da suspensão do processo.

Dessa forma, se não houve a revogação do benefício durante o período de suspensão, a exigência de certidões como requisito para a extinção da punibilidade expressamente determinada em lei, sem qualquer condição é incompatível com o que dispõe o § 5º, do mesmo dispositivo legal, que 'expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade'.

(...)

Diante do exposto, contra o parecer e divergindo do e. Relator, voto no sentido de negar provimento ao recurso do Ministério Público Estadual."

Vê-se, então, que a questão objeto de divergência na decisão não unânime na segunda instância atine ao cabimento da decisão extintiva da punibilidade no caso concreto.

Os embargos infringentes não merecem acolhida.

De acordo com a sentença, em favor do embargante foi deferida a suspensão condicional do processo pelo prazo de 2 anos, sendo que, embora não houvesse comprovação de cumprimento das condições impostas, a ausência de revogação ou de requerimento nesse sentido no período de prova justificaria o reconhecimento da extinção da punibilidade.

Há informação nos autos, entretanto, de que houve por parte do recorrente o descumprimento de condições naquele período (deixou de comparecer em juízo para justificar suas atividades, bem como não quitou com a prestação pecuniária arbitrada), o que motivou o provimento do apelo ministerial para que fosse

cassada a sentença extintiva da punibilidade com determinação de que fosse instaurado procedimento de justificação.

Tenho que esse entendimento deve prevalecer.

O Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento de recurso repetitivo (Tema 920), firmou o entendimento de que o benefício da suspensão condicional do processo pode ser revogado mesmo após o transcurso do período de prova, desde que a causa da revogação seja relativa àquele lapso temporal.

Nesse sentido:

> *"RECURSO ESPECIAL – PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA – AMEAÇA – LESÃO CORPORAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS DURANTE O PERÍODO DE PROVA – FATO OCORRIDO DURANTE SUA VIGÊNCIA – REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO MESMO QUE ULTRAPASSADO O PRAZO LEGAL – ESTABELECIMENTO DE CONDIÇÕES JUDICIAIS EQUIVALENTES A SANÇÕES PENAIS – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. Recurso especial processado sob o regime previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ.*
>
> ***Primeira tese: Se descumpridas as condições impostas durante o período de prova da suspensão condicional do processo, o benefício poderá ser revogado, mesmo se já ultrapassado o prazo legal, desde que referente a fato ocorrido durante sua vigência.***
>
> *Segunda tese: Não há óbice a que se estabeleçam, no prudente uso da faculdade judicial disposta no art. 89, § 2º, da Lei n. 9.099/1995, obrigações equivalentes, do ponto de vista prático, a sanções penais (tais como a prestação de serviços comunitários ou a prestação pecuniária), mas que, para os fins do sursis processual, se apresentam tão somente como condições para sua incidência.*
>
> ***2. Da exegese do § 4º do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 (a suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta), constata-se ser viável a revogação da suspensão condicional do processo ante o descumprimento, durante o período de prova, de condição imposta, mesmo após o fim do prazo legal.***
>
> *3. A jurisprudência de ambas as Turmas do STJ e do STF é firme em assinalar que o § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 não veda a imposição de outras condições, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.*
>
> *4. Recurso especial representativo de controvérsia provido para, reconhecendo a violação do art. 89, §§ 1º, 2º, 4º e 5º da Lei n. 9.099/1995, afastar a decisão de extinção da punibilidade do recorrido, com o prosseguimento da Ação Penal n. 0037452-56.2008.8.21.0017."* (REsp 1498034/RS, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 25/11/2015, DJe 02/12/2015) (G.n.)

A considerar que faltas cometidas durante o período de prova podem acarretar a revogação do benefício de suspensão condicional do processo mesmo após o transcurso daquele prazo, a extinção da punibilidade declarada na sentença não poderia ser validamente fundamentada simplesmente na ausência de revogação do *sursis* processual ou de requerimento nesse sentido formulado pelo Ministério Público.

Nesse sentido, sem descurar do que trata o art. 89, § 5º, da Lei n. 9.099/95, o mero transcurso do período de prova sem revogação do benefício em referência não induz automaticamente ao reconhecimento da extinção da punibilidade; antes que isso seja implementado juridicamente é necessário verificar se o beneficiário de fato cumpriu as condições estabelecidas e se não foi denunciado pela prática de novo delito no transcorrer do período de prova.

Há precedente do STJ nesse mesmo sentido:

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO – FALTA DE CABIMENTO – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – DESCUMPRIMENTO DE CONDIÇÃO NO PERÍODO DE PROVA – REVOGAÇÃO FACULTATIVA – JUSTIFICATIVA APRESENTADA ACEITA PELO JUÍZO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DECISÃO CASSADA PELO TRIBUNAL – CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

1. O término do período de prova, sem revogação do sursis processual, não induz, necessariamente, a decretação da extinção da punibilidade, que somente tem lugar após certificado que o acusado cumpriu as obrigações estabelecidas e não veio a ser denunciado por novo delito durante a fase probatória.

2. Havendo justificativa capaz de excluir a revogação da suspensão condicional do processo, impõe-se seja o acusado ouvido previamente, a fim de que possa se manifestar acerca dos motivos os quais deram causa ao descumprimento da condição imposta.

3. No caso, se a justificativa apresentada foi aceita pelo magistrado e a revogação do benefício era facultativa, cumpre manter a decisão de extinção de punibilidade.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício." (*HC* 240.200/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/06/2016, DJe 27/06/2016)

Em face dessas considerações, concluo que o mero transcurso do período de prova sem revogação ou pedido dessa natureza não autoriza o juízo a declarar de imediato a extinção da punibilidade, mesmo porque o descumprimento das condições impostas ao beneficiário do *sursis* processual pode ser reconhecido após o decurso do prazo judicialmente estabelecido.

Constatada a prática de ato contrário ao que foi inicialmente estabelecido como condições a serem observadas durante o período de prova, é pertinente a instauração de procedimento para que o beneficiário justifique o descumprimento das medidas, quando só então poderá o juízo fundamentadamente revogar a medida, com retomada da ação penal, ou então declarar extinta a punibilidade.

No que tange ao prequestionamento, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de o tema ter sido amplamente debatido.

Em face do exposto, com o parecer, rejeito os embargos infringentes.

O Sr. Des. Emerson Cafure (Revisor)

Acompanho o voto do relator.

O Sr.Des. Zaloar Murat Martins de Souza (1º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (3º Vogal)

Divirjo do e. Relator para dar provimento aos presentes embargos infringentes a fim de fazer prevalecer o voto por mim proferido no recurso subjacente, cujos termos ora me reporto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento, nos termos do voto do relator (Des. José Ale) vencido o 3º vogal (Des. Ruy).

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Emerson Cafure, Des. Zaloar Murat Martins de Souza, Juiz Lúcio R. da Silveira e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 15 de abril de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. José Ale Ahmad Netto
Apelação Criminal nº 0001105-29.2019.8.12.0004 – Amambai

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – AMEAÇA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – PEDIDO ABSOLUTÓRIO – INVIÁVEL – ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – CONFISSÃO PARCIAL UTILIZADA PARA A FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JULGADOR – RECONHECIDA – AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO UTILIZADA OCORREU APÓS A PRÁTICA DO DELITO APURADO NOS AUTOS – DECOTADA – AGRAVANTE DO ART. 61, II, "H", DO CP – DOCUMENTOS DA DELEGACIA QUE GOZAM DE FÉ PÚBLICA E SÃO HÁBEIS A COMPROVAR QUE A VÍTIMA TINHA MAIS DE 60 ANOS – MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Não prospera o pleito absolutório por insuficiência de provas em relação ao crime de ameaça cometido pelo réu contra sua companheira se devidamente comprovadas nos autos a autoria e materialidade, estando o édito condenatório embasado em um conjunto de provas robusto e satisfatório. Condenação mantida.

Tem ensejo o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea mesmo se parcial a confissão do réu, quando foi utilizada na formação da convicção do julgador, a teor da Súmula 545 do STJ: *"Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal"*. Atenuante aplicada.

Se a condenação criminal utilizada como parâmetro para o reconhecimento da agravante da reincidência teve trânsito em julgado depois da prática do crime apurado nestes autos, deve ser extirpada em razão de não servir à configuração da referida agravante, conforme a intelecção, *a contrário sensu,* do art. 63, do CP *"Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior."*

Os documentos produzidos na Delegacia de Polícia dos quais se infere a qualificação da vítima são dotados de fé pública e, portanto, idôneos para comprovar a condição de pessoa com mais 60 anos da ofendida ao tempo do crime, deixando inequívoca a configuração da agravante do art. 61, II, "h", do CP.

Recurso a que, com o parecer, dá-se parcial provimento para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e decotar a agravante da reincidência (nova pena definitiva em 02 meses de detenção em regime inicial aberto).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por unanimidade, com o parecer, deram parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 26 de maio de 2020.

Des. José Ale Ahmad Netto - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Trata-se de apelação criminal interposta por R. de S. I. em face da sentença de f. 158-161, que o condenou pela prática do crime previsto no artigo 147, *caput* (ameaça) do Código Penal, à pena de 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de detenção em regime inicial aberto.

Nas razões recursais de f. 186-192, pleiteia a absolvição, e, subsidiariamente, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e o afastamento das agravantes descritas no art. 61, incisos I e II, "h", do Código Penal.

Contrarrazões do *Parquet* às f. 202-212, pugnando pelo não provimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 222-239, opinando pelo parcial provimento, apenas para reconhecer a atenuante da confissão e afastar a agravante da reincidência (art. 61, I, do CP).

VOTO

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por R. de S. I. em face da sentença de f. 158-161, que o condenou pela prática do crime previsto no artigo 147, *caput* (ameaça) do Código Penal, à pena de 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de detenção em regime inicial aberto.

Nas razões recursais de f. 186-192, pleiteia a absolvição, e, subsidiariamente, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e o afastamento das agravantes descritas no art. 61, incisos I e II, "h", do Código Penal.

Contrarrazões do *Parquet* às f. 202-212, pugnando pelo não provimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às f. 222-239, opinando pelo parcial provimento, apenas para reconhecer a atenuante da confissão e afastar a agravante da reincidência (art. 61, I, do CP).

Passo a analisar.

Do pedido absolutório.

Almeja o apelante ser absolvido da imputação pela prática do crime de ameaça cometido em face de sua ex-convivente, aduzindo para tanto que não há provas suficientes para a condenação; e ainda, que *"as supostas ameaças, mesmo que ocorridas, não foram sérias e decorreram da embriaguez do apelante."*

Todavia, compulsando detidamente os autos e analisando todos os documentos e peças que o instruem, vislumbro que o amealhado de provas é totalmente hábil a embasar o decreto condenatório.

Restaram suficientemente comprovadas a materialidade e a autoria delitiva, recaindo esta sem sombra de dúvidas sobre a pessoa do ora recorrente.

Ab initio, insta observar o que constou na Denúncia de f. 01-03:

> *"(...) no dia 27 de abril de 2019, por volta de 00h00, na Rua Elpidio Pereira da Rosa, 829, cidade de Amambai (MS), o denunciado R. de S. I., ciente da ilicitude e da reprovabilidade de sua conduta, prevalecendo-se das relações domésticas, ameaçou causar mal injusto e grave à vítima D. M. T., por meio de palavras e gestos.*

Segundo restou apurado, nas circunstancias acima especificadas, a vítima D. M. T. ouviu uma discussão na residência que aluga para T. C. de S. e o esposo desta, o denunciado R. de S. I.

Ao que consta, D. pediu para que a discussão fosse encerrada, caso contrário, ligaria para a Polícia, momento em que o R. se apoderou de duas facas, foi até a residência da vítima D., que fica no mesmo terreno, e a ameaçou, dizendo velha desgraçada, se você quer morrer, vai ser hoje. (...).”

A vítima D. M. T., em juízo, sob o crivo do contraditório (mídia digital à f. 103), confirmou ter sido ameaçada pelo réu na data dos fatos; *in verbis:*

“(...)

MP: Nesse dia ele ameaçou a Senhora?

VÍTIMA: É, ele estava com a mulher dele, estava embriagado (...) nesse dia ele estava bem violento, já desde de manhã cedo com ela, aí quando foi de noite ele veio louco, não que jeito que estava, bêbado e mais alguma coisa, e ai que ele quebrou, ele quebrou todos os vidros da minha porta.

MP: Ele chegou a arrebentar a porta da Senhora?

VÍTIMA: Arrebentou, ele estava com duas facas

MP: Ele estava com essas duas facas, ameaçando a Senhora? Na direção da Senhora?

VÍTIMA: É, ele falou assim: ‘Eu não vou entrar pra dentro enquanto eu não matar essa velha desgraçada (...).’

MP: A Senhora ficou assustada com isso?

VÍTIMA: Fiquei, porque com duas facas, no vãozinho da janela eu enxergava ele com duas facas, se ele tivesse estourado a porta, eu não estava aqui hoje (...).

(...).” (G.n.)

Sua narrativa foi até exaustivamente corroborada pelos demais elementos de prova coligidos nas duas fases da persecução penal, a exemplo dos depoimentos dos policiais militares que atuaram na ocorrência, D. M. B. e C. M. L., colhidos em juízo (vide arquivos audiovisuais à f. 103), dos quais se dessume plena harmonia com a descrição do episódio trazida pela ofendida e com o que foi noticiado na Delegacia de Polícia.

Quando peguntada na audiência judicial se a vítima de fato relatou na ter sido ameaçada pelo acusado, a PM C. M. L. respondeu *“relatou, falou que ele estava muito alterado, estava ameaçando ela (...)”,* em consonância, o PM D. B., verberou que D. foi ameaçada pelo réu e que se encontrava apavorada na ocasião. Falaram, ainda, sobre todo o contexto verificado naquele dia.

Assim, é de se reconhecer que a versão da ofendida foi dotada de firmeza e coerência e goza de credibilidade ante todo o amparo encontrado no arcabouço probatório, como nas peças aparelhadas ao inquérito policial e nos depoimentos dos policiais na fase judicial.

Conclui-se, portanto, que a prova judicializada logrou êxito em confirmar de maneira satisfatória o que já havia ficado evidente no inquérito policial, a saber que o acusado proferiu a ameaça de morte contra a ofendida, dizendo que a mataria, isso enquanto mantinha em seu poder de duas facas e se portava de maneira agressiva.

Não se olvida, ademais, pela cena narrada e pelas palavras da ofendida, que ela ficou atemorizada com a ameaça proferida pelo réu, o que é inequívoco até mesmo em razão da dinâmica dos fatos apurada, como acima reportada.

À vista de todo cenário, entendo que houve satisfatória comprovação dos episódios narrados na inicial acusatória.

Por derradeiro, a alegação de que *"as supostas ameaças, mesmo que ocorridas, não foram sérias e decorreram da embriaguez do apelante",* deve ser, sem delongas, refutada; a uma porque a conduta do réu no momento do delito demonstrou ter sido a ameaça dotada de seriedade e poder intimidatório (até porque ele portava duas facas) e duas porque, como consabido, a embriaguez voluntária não exclui a imputabilidade penal (art. 28, inciso II do CP)[1].

Sobre o tema, elucidativo o seguinte julgado do E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – DESACATO – ABSOLVIÇÃO – AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTROVERSAS NOS AUTOS – AUSÊNCIA DE DOLO – NÃO OCORRÊNCIA – EMBRIAGUEZ – IRRELEVÂNCIA – PRESCRIÇÃO – OCORRÊNCIA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A DOIS ANOS ULTRAPASSADO ENTRE A DATA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.* ***Mantém-se a condenação pelo crime de desacato do agente que, voluntariamente, profere palavrões contra policial militar, em razão de sua função, não havendo falar em ausência de dolo, em razão de embriaguez, tratando-se de embriaguez voluntária, que não exclui a imputabilidade penal. Comprovado que o agente detinha, nas circunstâncias, a plena e inequívoca possibilidade de abster-se de ofender o funcionário público e, no entanto, volitivamente agiu ultimando a ofensa externada por palavrões, ainda que pudesse ter a sua capacidade de autodeterminação relativamente afetada pelo consumo de bebida alcoólica, resta patenteado o dolo de desacatar, previsto no art. 331 do Código Penal.*** *A capacidade de gestão da sua própria vontade, ainda que atingida pelos efeitos da suposta embriaguez, não foi suprimida em absoluto, tanto que o apelante entendeu o que fez e ainda se arrependeu. Agiu, portanto, com evidente predeterminação de vontade, tendente a atingir diretamente o prestígio do policial militar, constrangendo-o. (...)."* (TJ-MG, APR 10515100018818001 MG, 6ª câmara criminal, Rel. Des.ª Luziene Barbosa Lima julg. 28/07/2015, publ. 05/08/2015) (grifei)

E, desta Colenda 2ª câmara criminal:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DA DEFESA – VIAS DE FATO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE DOLO – EMBRIAGUEZ – INADMISSIBILIDADE – ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA PELA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IMPOSSIBILIDADE – ISENÇÃO DE PENA – BAGATELA IMPRÓPRIA – INAPLICABILIDADE – INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DA MULHER QUE NÃO PODE SER CONSIDERADA IRRELEVANTE PARA O DIREITO PENAL – EFETIVADADE DA LEI MARIA DA PENHA – RECONCILIAÇÃO ENTRE AGRESSOR E VÍTIMA – IRRELEVÂNCIA – DESPROVIDO, COM* ***O PARECER. De acordo com o art. 28, II, do Código Penal, a embriaguez voluntária por ingestão de bebida alcoólica não exclui a imputabilidade do agente.*** *Inadmissível a aplicação do princípio da insignificância e da bagatela imprópria aos crimes cometidos contra a mulher em situação de violência doméstica, dada a relevância penal da conduta, não implicando a reconciliação do casal atipicidade material do fato ou desnecessidade de aplicação da pena."* (TJ-MS, Apelação - Nº 0002406-24.2015.8.12.0045 - Sidrolândia 2ª câmara criminal, Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, julg. 25/07/2016, publ. 25/07/2016). (g.n.)

Inviável, assim, a absolvição por qualquer dos fundamentos evocados.

Do pedido de reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Subsidiariamente, pede o recorrente o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea.

Neste ponto, assiste razão à Defesa.

1 Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: / II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

Analisando a *quaestio*, do mesmo modo como compreendeu o i. Procurador de Justiça, entendo que incide na hipótese a referida atenuante. Isso porque, mesmo tendo sido parcial a confissão do apelado, foi utilizada na fundamentação da sentença condenatória (vide f. 158), o que conduz à necessária aplicação da atenuante respectiva em favor do réu, em obediência ao teor da Súmula n.º 545 do STJ; *in verbis*:

> *"Súmula 545. Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal."*

Logo, tem ensejo o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, com as devidas implicações.

Do pedido de afastamento da agravante da reincidência.

Pede, ainda, o decote da agravante da reincidência, ao argumento de que *"à suposta reincidência, é inocorrente ao caso dos autos.* ***O trânsito em julgado da condenação do apelante junto aos Autos n. 0001825-30.2018.8.12.0004 ocorreu apenas em 28 de agosto de 2019***. ***O delito imputado nos autos teria ocorrido em 27 de abril de 2019****."* (grifei).

O presente pedido também merece guarida.

O i. Magistrado, na sentença de f. 158-161, aplicou a agravante da reincidência, apontando o seguinte: *"Incidem as agravantes da reincidência (Autos 0001825-30.2018.8.12.0004 – f. 54) e do crime contra idoso, motivo pelo qual exaspero a pena-base em 1/3 (...)."*

Ocorre que a condenação criminal indicada (ref. ao Processo nº 0000125-63.2011.8.12.0004) teve o trânsito em julgado após a prática do crime apurado nestes autos, não se prestando a configurar a agravante do art. 61, I, do CP, conforme a intelecção, *a contrário sensu,* do art. 63, do CP:

> *"Art. 63 - Verifica-se a* ***reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.****"* (g.n.)

Com efeito, deve ser realmente extirpada a agravante da reincidência.

Do pedido de exclusão da agravante do art. 61, II, "h", do CP.

Almeja, por fim, a exclusão da agravante do art. 61, II, "h" (contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida), do CP, uma vez que a vítima era pessoa maior de 60 anos ao tempo do crime.

Contudo, o pedido não comporta acolhimento.

Contrário ao aduzido nas razões de apelação, os documentos produzidos na Delegacia de Polícia dos quais se infere a qualificação da vítima são idôneos para comprovar que ela era maior de 60 anos ao tempo do crime e assim deixar indene de dúvidas a configuração da agravante do art. 61, II, "h", do CP.

Oportunos, com o fito de evitar desnecessária tautologia, os seguintes trechos das contrarrazões apresentadas pelo *Parquet*, dos quais me utilizo como razões de decidir:

> *"Dispõe o artigo 61, inciso II, alínea 'h', do Código Penal Brasileiro que, 'São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: II - ter o agente cometido o crime: (...) h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida'.*
>
> *Sendo assim, deve ser aplicada a agravante, como bem ponderado pelo Promotor de Justiça em suas contrarrazões*
>
> *(...)* ***se infere dos autos que ao prestar seu depoimento (f. 23-24), os policiais realizaram a qualificação da vítima, por meio dos documentos apresentados, como procedimento de praxe e, portanto, constatou-se que D. nasceu no dia 07.05.1945, de modo que à época dos fatos, contava com 73 (setenta e três anos de idade).***

> ***Inclusive houve a juntada dos documentos pessoais da vítima às f. 24 o que demonstra que a qualificação feita pela equipe policial estava de acordo com os documentos pessoais da vítima.***
>
> ***Embora não tenha sido juntado cópia do verso da Cédula de Identidade compete frisar que os documentos registrados perante o órgão da Delegacia de Polícia são suficientemente idôneos para confirmar a idade da vítima, ao passo em são equiparados a documentos públicos.***
>
> *Assim sendo, não há que se falar no afastamento da agravante com relação a pratica de crime contra maior de 60 (sessenta anos), haja vista que a vítima D. tinha 73 (setenta e três anos) de idade."* (g.n.)

A propósito, o STJ tem vários precedentes jurisprudenciais dos quais se depreende o mesmo raciocínio aqui externado quando ausente a certidão de nascimento em delitos praticados contra menores, endossando a idoneidade dos documentos produzidos na Delegacia de Polícia para a comprovação da menoridade. Cito como exemplo o AgRg no *HC* 331602 / SC, 6ª Turma, Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 01/02/2015, em cuja ementa se encontra expresso:

> *"2. É assente na jurisprudência deste Superior Tribunal o entendimento de que a certidão de nascimento não é o único documento idôneo para comprovar a* ***idade do adolescente*** *corrompido, que* ***também pode ser atestada por outros documentos oficiais, dotados de fé pública, emitidos por órgãos estatais de identificação civil e cuja veracidade somente pode ser afastada mediante prova em contrário.***
>
> ***3. O termo emitido pela Delegacia de Polícia representa documento hábil*** *para caracterizar a materialidade do delito de corrupção de menores****, pois, além de nele constarem dados pessoais, como o número da carteira de identidade do adolescente (RG) e sua data de nascimento, é documento emitido por órgão oficial; logo, dotado de fé pública*** *4. Agravo regimental improvido."* (g.n.)

Por essa razão, não logra êxito o recurso neste ponto.

Nova dosimetria.

Haja vista ter sido decotada a agravante da reincidência, bem como, reconhecida a atenuante da confissão espontânea, remanescem na segunda fase da dosimetria apenas a atenuante da confissão e a agravante do art. 61, II, "h", do CP. Procedo a compensação entre elas, de maneira que a pena intermediária, e, por conseguinte a definitiva - já que ausentes causas de aumento ou de diminuição na terceira fase - passam a corresponder a 02 (dois) meses de detenção em regime inicial aberto.

Do prequestionamento.

Por fim, no que tange ao prequestionamento ventilado, a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de o tema ter sido amplamente debatido.

Dispositivo.

Ex positis, com o parecer, dou parcial provimento ao recurso defensivo para reconhecer a atenuante da confissão espontânea e decotar a agravante da reincidência (nova pena definitiva em 02 meses de detenção em regime inicial aberto).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Relator, o Exmo. Sr. Des. José Ale Ahmad Netto.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. José Ale Ahmad Netto, Des. Jonas Hass Silva Júnior e Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 26 de maio de 2020.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva
Apelação Criminal nº 0033793-58.2016.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECEPTAÇÃO CULPOSA (ART. 180, § 3º, DO CP) – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – OBJETO ADQUIRIDO POR VALOR MUITO INFERIOR AO DE MERCADO – VENDEDOR DESCONHECIDO – DOCUMENTO EM NOME DE TERCEIRO ALHEIO AO NEGÓCIO – IRREGULARIDADE NA DOCUMENTAÇÃO – AUSÊNCIA DE CUIDADO OBJETIVO – IMPRUDÊNCIA CARACTERIZADA – DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA – CONDENAÇÃO MANTIDA – FALSA IDENTIDADE (ART. 307 DO CP) – BUSCA DE VANTAGEM – ALEGADA AUTODEFESA – OCULTAR ANTECEDENTES PENAIS – FATO TÍPICO – CONDENAÇÃO NECESSÁRIA – PENA-BASE – EXASPERAÇÃO – CRITÉRIO DE AUMENTO – PROPORCIONALIDADE DESATENDIDA – REDUÇÃO – REINCIDÊNCIA – CRIME PRATICADO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA – AGRAVANTE CONFIGURADA – REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA – REINCIDÊNCIA – SEMIABERTO IMPOSITIVO – PARCIAL PROVIMENTO.

Tratando-se de acusação por receptação, o ônus da prova é dividido, de maneira que ao Ministério Público cabe a demonstração da origem ilícita do objeto, e à defesa toca a obrigação de comprovar o desconhecimento do vício. A aquisição ou recebimento de bens requer o mínimo de cautela, em especial diante do delito tipificado pelo § 3º do artigo 180 do Código Penal, no qual a natureza da coisa, a desproporção entre o valor e o preço e a condição de quem oferece, são circunstâncias que exigem atenção do adquirente, cuja desconsideração ou má avaliação pode levar à presunção de culpa, posto que sua inobservância representa a imprudência ou negligência do agente pela falta do dever objetivo de cuidado, suficiente para configurar o crime de receptação culposa.

Resta configurado o delito quando o agente adquire/recebe veículo objeto de crime antecedente de pessoa desconhecida, pagando valor muito inferior ao de mercado, com documentação irregular e em nome de terceiro alheio ao negócio, sendo-lhe plenamente possível, posto que pessoa dotada de conhecimento mediano, perceber a enorme possibilidade de tal objeto ser de procedência ilícita.

Mesmo em situação de alegada autodefesa, a conduta de atribuir-se falsa identidade para auferir qualquer vantagem configura o crime do artigo 307 do Código Penal.

Para bem atender à proporcionalidade na fixação da sanção a sentença deve exasperar a pena-base à razão de 1/8 de acréscimo para cada moduladora desfavorável, a incidir sobre a diferença verificada entre as penas mínima e máxima cominadas abstratamente ao delito, critério que se coaduna com a discricionariedade conferida ao magistrado no exercício de estabelecer a reprimenda.

Configurada a agravante da reincidência quando o novo crime foi praticado após condenação criminal estabilizada e sem que tenha decorrido o período depurador.

Correta a eleição do regime semiaberto a agente condenado a 06 (seis) meses e 11 (onze) dias de detenção, quando há reincidência e circunstâncias judiciais desfavoráveis.

Impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao reincidente em crime doloso, bem como quando as circunstâncias judiciais indicam que a substituição não será suficiente.

Recurso conhecido e parcialmente provido. Em parte com 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, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 16 de abril de 2020.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Felipe de Almeida Rodrigues contra a sentença de f. 159-162 que o condenou à pena de 3 (três) meses de detenção pela prática do crime previsto no art. 180, § 3º e à de 4 (quatro) meses de detenção pela prática do crime do art. 307, ambos do Código Penal, em regime semiaberto e sem substituição.

Nas razões de f. 174-185, pretende, em síntese: I) a absolvição pela receptação culposa, sob alegação de ausência de culpa; II) a absolvição pela falsa identidade, sob o argumento da autodefesa; III) a redução da pena-base, alegando que desatende ao patamar de 1/6; IV) o afastamento da agravante da reincidência ou sua compensação com a atenuante da confissão espontânea; V) a aplicação do regime inicial aberto; VI) a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

As contrarrazões do Ministério Público vêm a f. 189-197, pugnando pelo desprovimento do apelo defensivo.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça a f. 208-218, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Felipe de Almeida Rodrigues contra a sentença de f. 159-162 que o condenou à pena de 3 (três) meses de detenção pela prática do crime previsto no art. 180, § 3º e à de 4 (quatro) meses de detenção pela prática do crime do art. 307, ambos do Código Penal, em regime semiaberto e sem substituição.

Nas razões de f. 174-185, pretende, em síntese: I) a absolvição pela receptação culposa, sob alegação de ausência de culpa; II) a absolvição pela falsa identidade, sob o argumento da autodefesa; III) a redução da pena-base, alegando que desatende ao patamar de 1/6; IV) o afastamento da agravante da reincidência ou sua compensação com a atenuante da confissão espontânea; V) a aplicação do regime inicial aberto; VI) a substituição da pena corporal por restritiva de direitos.

As contrarrazões do Ministério Público vêm a f. 189-197, pugnando pelo desprovimento do apelo defensivo.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça a f. 208-218, pelo desprovimento do recurso.

É o que basta para analisar a pretensão.

Do delito de receptação.

Aduz a defesa que o recorrente não possuía conhecimento e nem suspeitava da origem ilícita da motocicleta adquirida e, por isso, deve ser absolvido.

Narra a denúncia que:

> *"1. Aproximadamente no mês de abril/2015, nesta cidade de Campo Grande, MS, o denunciado Felipe de Almeida Rodrigues adquiriu/conduziu/utilizou de qualquer forma, em proveito próprio, coisas que devia saber serem produtos de crime, sendo o bloco do motor JC25E-W191843, pertencente à motocicleta Honda/CG 125 TITAN, com placa de licença GWU-8374, ano/modelo 1998/1998, objeto de crime de furto ocorrido no dia 16.04.2001, na cidade de Minas Novas, MG (B.O. n. 107570), pertencente à vítima Maria Vania Fagundes Capuchinho.*
>
> *2. Esclarecemos que no dia 12.04.2015, por volta das 09h17min, no Km 322 da Rodovia BR 262, nesta cidade de Campo Grande, o denunciado Felipe de Almeida Rodrigues foi parado por policiais rodoviários federais conduzindo, em via pública, a motocicleta Honda CG Titan ano/modelo 1989/1989, cor vermelha, placa AAT-2014. A motocicleta foi apreendida por licenciamento em atraso, mas ao ser recolhida no Pátio de Apreensão do DETRAN/MS, durante a vistoria, suspeitou-se de adulteração no sequencial de identificação do motor.*
>
> *3. O laudo pericial n.118.610 (f. 21-28) comprovou que 'o sequencial do motor apresentava vestígios de adulteração por ação abrasiva, com supressão total do sequencial. Após exames específicos foi possível a leitura do sequencial primitivo JC25EW191843, cadastrado para o veículo Honda CG 125 TITAN portador de placa de licença GWU-8374 com ocorrência de Roubo/Furto'.*
>
> *4. O denunciado Felipe de Almeida Rodrigues (f. 61) afirmou que adquiriu a motocicleta na qualidade de BOB, sem solicitar recibo, sabendo ou assumindo o risco da mesma ser produto de ilícito. A motocicleta foi apreendida (f. 07).*
>
> *5. Assim, o denunciado Felipe de Almeida Rodrigues, adquiriu, usufruiu, conduziu, utilizou de qualquer forma, em proveito próprio, (a) a motocicleta Honda CG Titan ano/modelo 1989/1989, cor vermelha, placa AAT-2014, que foi objeto de crime de adulteração de sinal identificador de veículo automotor e (b) o bloco do motor JC25E-W191843, pertencente à motocicleta Honda/CG 125 TITAN, com placa de licença GWU-8374, ano/modelo 1998/1998, que foi objeto de crime de furto, devendo saber serem produtos de crimes."*

Como visto, atribui-se ao apelante a prática do delito de receptação, na modalidade culposa (artigo 180, § 3º, do Código Penal), cujo tipo assim veio descrito:

> *"Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso."* (Redação dada pela Lei nº 9.426, de 1996).

Na lição de Cezar Roberto Bitencourt, Código Penal Comentado, 10. ed. Editora Saraiva, 2019, p. 920:

> *"(...) na realidade, os indícios específicos de culpa relacionados pelo legislador demonstram a necessidade de cautela nas operações mencionadas. Esses indícios são os seguintes:* ***a) natureza da coisa; b) desproporção entre o valor e o preço; c) condição de quem oferece****. Esses três requisitos exigem atenção do adquirente, cuja desconsideração ou má avaliação pode levar à presunção de culpa. A inobservância desses requisitos representa, na realidade, a imprudência ou negligência do agente. Com efeito, a observância do dever objetivo de cuidado, isto é, a diligência devida, constitui o elemento fundamental do tipo de injusto culposo, cuja análise constitui questão preliminar no exame da culpa. Na dúvida, no exame daqueles indícios, impõe-se o dever de abster-se da realização da conduta, pois quem se arrisca, nessa hipótese, age com imprudência, e, sobrevindo um resultado típico, torna-se autor de um crime culposo, no caso, de receptação culposa."* (g.n.)

Assim também decidem os Tribunais:

> *"JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL – RECEPTAÇÃO CULPOSA – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – ATIPICIDADE DA CONDUTA NÃO VERIFICADA – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Apelação Criminal interposta contra a sentença que condenou o réu pela prática do crime previsto no art. 180, § 3º, do Código Penal, à pena definitiva de 1 mês e 10 dias de detenção, em regime inicial semiaberto. 2.* ***Na realização dos negócios jurídicos, deve-se ter cautela para evitar a aquisição ou o recebimento de objetos provenientes de conduta ilícita, sobretudo se o preço é inferior ao praticado no mercado. São cuidados inerentes ao homem médio e de observância obrigatória, sob pena de se incorrer O adquirente no tipo do art. 180, § 3º, do CP, que tem como objeto jurídico-penal a tutela do patrimônio. 3. Configura o delito de receptação culposa a conduta de adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve-se presumir obtida por meio criminoso. Qualquer das hipóteses deve gerar a presunção de que a coisa procede de crime (desnecessidade de cumulação dos requisitos), pouco importando, em princípio, que o acusado não tenha legalmente presumido tal inocência (CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal: parte especial. 9. ed. Salvador: JusPODiVM. 2017). Nesse passo, constata-se a não exigência de que o autor da infração tenha convicção da origem criminosa do bem, como ocorre em relação à receptação dolosa, mas tão somente que, diante do contexto fático que circunda a aquisição do objeto, deva presumir que sua origem é ilícita.*** *4. Na hipótese, a autoria e materialidade do delito restaram sobejamente demonstradas, em especial pelas Ocorrências Policiais 2917/2018 e 12225/2016 referentes ao furto da bicicleta objeto material do crime (ID 13049738. P. 4/7), pelo auto de apreensão do bem (13049738. P. 2), pela Ocorrência Policial 13352/2018 (ID 13049738. P. 11/14), pela pesquisa de preço da bicicleta (ID 13049738. P. 25/26) e pela prova oral produzida em juízo, sob o pálio do contraditório e ampla defesa (ID 13049750). 5. Com efeito, as circunstâncias, em que realizada a transação de compra e venda do bem, fazem presumir ter sido ela produto de crime, de modo a configurar a receptação culposa. Isso é, a aquisição do bem em uma feira, sem qualquer ponto fixo de estabelecimento, de pessoa desconhecida, sem nota fiscal ou recibo alusivo ao negócio e frente à desproporção entre o valor real do bem (cerca de R$ 1.500,00) e o valor alegado de compra (supostamente R$ 500,00), revelam suspeitas suficientes para se presumir ter sido a bicicleta obtida por meio criminoso, fato que se amolda ao tipo legal do art. 180, § 3º, do CP. 6. Ademais, prevalece, na jurisprudência, a orientação de que, em delito de receptação, a apreensão da Res furtiva em poder do réu enseja a inversão do ônus probatório, cabendo-lhe demonstrar a licitude do recebimento, o que não ocorreu na espécie. 7. Por fim, não há que se falar em substituição da pena aplicada por restritiva de direitos, com fulcro no art. 44, § 3º, do CP, isso porque, dada a reiteração de crimes contra o patrimônio pelo agente, a medida não se mostra socialmente recomendável. 8. Recurso conhecido e não provido. Sentença mantida. 9. A ementa servirá de acórdão, conforme art. 82, § 5º, da Lei n. 9.099/95."* (TJDF; APR 00090.69-33.2018.8.07.0009; Ac. 123.0312; Primeira Turma Recursal; Rel. Des. Eduardo Henrique Rosas; Julg. 13/02/2020; Publ. PJe 27/02/2020). (G.n.)

Sem qualquer dúvida, no presente caso, as circunstâncias demonstram que o apelante não se houve com o necessário dever de cuidado, agindo de forma imprudente ao receber/adquirir a motocicleta objeto de ilícito anterior.

Verifica-se que ao ser abordado por Policiais Rodoviários Federais e constatado que a motocicleta HONDA CG 125, placa AAT-2014, conduzida pelo recorrente estava com licenciamento em atraso, fora realizada a apreensão do veículo, f. 17, sendo recolhido no pátio do DETRAN/MS, f. 16.

Posteriormente, diante de suspeita de alteração da numeração de bloco de motor, f. 14, foi requisitada perícia, f. 26, na qual se constatou que a superfície que continha o número sequencial do motor havia sido adulterada, chegando-se ao número originário/primitivo e constatando que tal componente da motocicleta era produto de crime, f. 28-35.

Em ambas as fases da persecução criminal, f. 76-77 e áudio de f. 158, Felipe de Almeida Rodrigues negou ter adulterado o sequencial do motor da motocicleta, passando a utilizá-la normalmente após sua aquisição, sem desconfiar que o bem era produto de crime.

Ocorre que, em sede policial, f. 76-77, o recorrente informou que adquiriu a motocicleta de pessoa que conheceu pelas ruas, não sabendo informar o nome, endereço ou contato.

Em juízo, áudio de f. 158, o recorrente informou que adquiriu o veículo de pessoa que trabalhava com ele à época, não sabendo declinar o nome e, sobre a diferença do valor pago pela motocicleta e o preço de mercado, admitiu que o valor pago pelo bem foi muito inferior, acrescentando que o preço se justificava em razão das diversas dívidas em atraso que incidiam sobre a motocicleta. Vejamos:

"Magistrada: o senhor comprou aonde e de quem ?

Recorrente: eu comprei de um rapaz que trabalhava comigo, ...

Magistrada: o senhor se lembra quanto que o senhor pagou pela moto ?

Recorrente: eu paguei mil reais na moto

Magistrada: e ela valia quanto ?

Recorrente: não sei, não posso dizer pra senhora, moto antiga ela

(...)

Magistrada: o valor não estava muito abaixo do mercado ?

Recorrente: sim, por ser uma moto atrasada né."

Ainda em contraditório, o recorrente informou ter recebido o documento do veículo em nome de terceiro, que sabia da existência de dívidas referentes à motocicleta, mas não se preocupou em regulariza-la. Confira-se:

"Magistrada: ele deu documento pro senhor, dessa moto?

Recorrente: tinha, ele tinha me passado sim

(...)

Magistrada: e tava em nome de quem, o senhor se lembra?

Recorrente: não me recordo

Magistrada: mas era da pessoa que tinha vendido pro senhor?

Recorrente: não, não era

Magistrada: e ele não explicou porquê que não tava no nome dele?

Recorrente: também não, não senhora

Magistrada: o senhor também não perguntou?

Recorrente: também não me aprofundei

(...)

MP: você chegou nesses cinco, seis meses que você esteve na posse da motocicleta, chegou a levá-la no Detran para verificar o estado dela?

Recorrente: não senhor."

Dessa forma, resta clara total imprudência do recorrente, que nada fez, que se comportou de maneira descuidada diante dos fatos, antes, durante e após o negócio, sendo plenamente possível a qualquer pessoa com o mínimo senso de responsabilidade e cuidado objetivo perceber a enorme possibilidade de veículo em tal situação ser de procedência ilícita.

Comprou de desconhecido, caso contrário indicaria seu nome e endereço; o documento estava em nome de terceira pessoa, também desconhecida; havia diversas irregularidades na documentação; pagou valor irrisório, com enorme desproporção ao preço de mercado.

Conforme sabido, a prova, na espécie, deve ser extraída de cuidadosa análise das circunstâncias que envolvem o fato, e não mera e simplesmente das alegações dos envolvidos.

Ademais, ainda que desnecessário, lembra-se que quando se cuida do crime de receptação, seja em que modalidade for, o ônus da prova é dividido, de maneira que ao Ministério Público cabe a demonstração da origem ilícita do objeto, e à defesa toca a obrigação de comprovar que o agente desconhecia tal vício. Confira-se (sem grifos na fonte e reduzidas ao ponto discutido):

> *"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 – RECEPTAÇÃO (ART. 180, CAPUT, DO CP) DESCONHECIMENTO DO VÍCIO – PROVA – CONDENAÇÃO MANTIDA. (...). I 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. Ao agente flagrado na posse incumbe a prova do desconhecimento do vício. (...)."* (TJMS; ACr 0039565-94.2019.8.12.0001; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; DJMS 27/01/2020; Pág. 111).
>
> *"APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE RECEPTAÇÃO [ARTIGO 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL] – SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA – (...) PLEITO ABSOLUTÓRIO EM RELAÇÃO AO CRIME DE RECEPTAÇÃO POR FALTA DE PROVAS OU AUSÊNCIA DE DOLO – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS ATRAVÉS DA PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS – RÉU QUE FORA SURPREENDIDO NA POSSE DE VEÍCULO FURTADO – ELEMENTO SUBJETIVO COMPROVADO – ALEGADA AUSÊNCIA DE DOLO PELO DESCONHECIMENTO DA ORIGEM ILÍCITA DO BEM – JUSTIFICATIVA INSUFICIENTE PARA TANTO – ÔNUS QUE ERA DA DEFESA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NESTE SENTIDO – ART. 156 DO CPP. Se do conjunto probatório emergem incontestes quer a materialidade, quer a autoria delitiva, revela-se correta a decisão condenatória. 2. Em conformidade com o art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal, a apreensão das Res furtiva importa na inversão do ônus da prova, motivo pelo qual, incumbe ao acusado justificar, de modo plausível, a licitude de estar exercendo a posse dos bens objetos de crimes. (TJSC, Apelação Criminal n. 2015.050325-8, de Criciúma, Rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 17-11-2015)."* (TJSC; ACR 0005377-82.2017.8.24.0075; Tubarão; Quinta Câmara Criminal; Relª Desª Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer; DJSC 13/03/2020; Pag. 389).
>
> *"APELAÇÃO CRIMINAL – RECEPTAÇÃO – ART. 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL – (...) PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO CRIME DE RECEPTAÇÃO POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA CIÊNCIA DA ORIGEM ILÍCITA DO VEÍCULO POR PARTE DO APELANTE – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO DEMONSTRANDO QUE O APELANTE EFETIVAMENTE CONDUZIA O VEÍCULO E SABIA SER PRODUTO DE CRIME. Dolo evidenciado pela conduta do apelante e pelas circunstâncias do fato, que demonstram o conhecimento a respeito da procedência criminosa do bem, uma vez que o mesmo não apresentou nenhum documento comprovando a aquisição do veículo que respaldasse a alegação de que teria comprado de terceiro e que poderia ter sido vítima de golpe.* ***Inversão do ônus da prova. No delito de receptação cabe ao ministério***

> ***público a comprovação da procedência criminosa do bem apreendido e à defesa a prova de que o agente não possuía ciência da origem ilícita do bem***. *Precedentes. Dosimetria. Revisão. Majoração da pena-base em um sexto em razão da reincidência. Provimento parcial do recurso defensivo. Unânime."* (TJRJ; APL 0017884-81.2017.8.19.0021; Duque de Caxias; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Antonio Carlos Nascimento Amado; DORJ 12/03/2020; Pág. 197). (G.n.)

Todas as circunstâncias acima analisadas convergem claramente no sentido de que ao apelante faltou o cuidado objetivo, fato que caracteriza a imprudência necessária à configuração do delito tipificado no artigo 180, § 3º, do Código Penal.

Rejeita-se, assim, o pleito defensivo.

Do crime de falsa identidade.

Alega o recorrente que a conduta de apresentar identidade falsa é atípica, por ser exercício de autodefesa, requerendo sua absolvição.

Na lição de Cleber Masson, em Direito Penal, 10. ed., Editora Forense, São Paulo, 2017, vol. 3, p. 571, "*Falsa identidade, na forma proposta pelo art. 307 do Código Penal, é a que não corresponde à verdade, ou seja, não permite reconhecer ou identificar uma pessoa como ela realmente é, pois o agente se autoatribui ou atribui a terceiro dados falsos, com o propósito de obter vantagem, em proveito próprio ou de terceiro, ou para causar dano a outrem."*

Ficou claro pela prova dos autos que o apelado, ao ser detido, apresentou-se como sendo a pessoa de Júlio César Almeida Fadul, fato que, conforme admitiu ao ser interrogado em Juízo, áudio de f. 158, deu-se em razão de estar foragido do regime semiaberto.

Tal conduta é típica, posto amoldar-se ao texto do artigo 307 do Código Penal, e nada tem a ver com o direito de autodefesa, consagrado pelo artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal, e que garante ao cidadão o direito de não produzir prova contra si mesmo, bem como pelo artigo 8, item 2, alínea "g", do Decreto 678/92, que internalizou as normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, já que tais normas não abrangem a ocultação da real identidade.

Atente-se à posição defendida por Rogério Greco:

> *"O agente pode até mesmo dificultar a ação da Justiça Penal no sentido de não revelar situações que seriam indispensáveis à elucidação dos fatos. No entanto, não poderá eximir-se de se identificar. É um direito do Estado saber em face de quem propõe a ação penal e uma obrigação do indiciado-acusado revelar sua identidade. Essa autoatribuição falsa de identidade nada tem a ver com o direito de autodefesa, ou de, pelo menos, não fazer prova contra si mesmo, de não autoincriminar-se. São situações, segundo nosso raciocínio, inconfundíveis." (Código penal comentado. p. 908).*

E o STJ sumulou a questão, como se vê pelo Enunciado nº 522: *"A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa."*

Por fim, o plenário do STF, no julgamento do RE 640.139-RG, de relatoria do Min. Dias Tofolli, reconhecendo a repercussão geral do tema, reafirmou a jurisprudência da Corte no sentido de que o princípio constitucional da autodefesa não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intuito de ocultar maus antecedentes.

De tal sorte, mesmo em situação de alegada autodefesa, a conduta de atribuir-se falsa identidade para auferir qualquer vantagem, configura o crime do artigo 307 do Código Penal.

Da pena base.

Relativamente ao pedido de redução do patamar de aumento da pena-base para o equivalente a 1/6 (um sexto), verifica-se que a sentença considerou desfavorável, em relação aos dois delitos, apenas a moduladora dos antecedentes, fixando tal pena em 3 (três) meses de detenção para o crime de receptação culposa e em 4 (quatro) meses de detenção para o de falsa identidade.

Verifica-se pelo art. 180, § 3º, do CP, que a pena pelo crime de receptação culposa é de *"detenção, de um mês a um ano, ou multa, ou ambas as penas"*, de forma que a sentença acrescentou ao patamar mínimo legal o *quantum* de 2 (dois) meses. Já no que se refere ao do crime de falsa identidade, previsto no art. 307, do CP, a pena em abstrato vai de 3 (três) meses a 1 (um) ano, de maneira que a sentença aplicou um mês acima do mínimo, em ambos os casos em razão de uma circunstância desfavorável.

Entretanto, para bem atender à proporcionalidade na fixação da sanção a sentença deve exasperar a pena-base à razão de 1/8 de acréscimo para cada moduladora desfavorável, a incidir sobre a diferença verificada entre as penas mínima e máxima cominadas abstratamente ao delito, critério que se coaduna com a discricionariedade conferida ao magistrado no exercício de estabelecer a reprimenda. Nesse sentido (sem grifos na fonte e com redução ao ponto):

> *"APELAÇÕES CRIMINAIS – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – (...) – PENA-BASE DO CORRÉU DOSADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – FRAÇÃO PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – PATAMAR IMAGINÁRIO DE 1/10 (UM DÉCIMO) – SOMA DAS 8 (OITO) CIRCUNSTÂNCIAS ELENCADAS NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL COM AS CIRCUNSTÂNCIAS RELACIONADAS À NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA, PREVISTAS NO ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006. (...). O STJ perfilha o entendimento no sentido de que as 8 (oito) circunstâncias judiciais enumeradas no art. 59 do Código Penal possuem o mesmo grau de importância, utilizando, diante disso, um patamar imaginário de 1/8 (um oitavo) para cada uma delas valorada negativamente, a incidir sobre o intervalo de pena prevista em abstrato ao tipo entre o mínimo e o máximo. Porém, em caso de crime previsto na Lei de Drogas, por força do art. 42 desta norma, há mais 2 (duas) circunstâncias a serem analisadas pelo magistrado, quais sejam, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, totalizando, dessa forma, 10 (dez) circunstâncias judiciais, haja vista a existência de 8 (oito) no art. 59 do Estatuto Repressivo, resultando daí que deve ser empregado um patamar imaginário de 1/10 (um décimo) para cada circunstância desfavorável, a recair sobre o intervalo de pena prevista em abstrato ao tipo penal. (...)."* (TJMS; ACr 0003813-75.2017.8.12.0019; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Paschoal Carmello Leandro; DJMS 28/01/2019; Pág. 136).

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – (...) PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – QUANTUM DE EXASPERAÇÃO – PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – REPRIMENDAS REDIMENSIONADAS. (...).* ***A exasperação da pena-base deve ser efetivada à luz da proporcionalidade e da razoabilidade e, nesse caminho, segundo consagrado parâmetro, incidir o acréscimo de 1/8 (um oitavo) da diferença entre as penas mínima e máxima cominadas abstratamente ao delito para cada circunstância judicial desfavorável.*** *(...)."* (TJMS; ACr 0366376-04.2008.8.12.0001; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Dileta Terezinha Souza Thomaz; DJMS 05/02/2019; Pág. 120).

Portanto, ainda que em parte, assiste razão à defesa, pois para o crime de receptação culposa, cuja pena mínima deve ser acrescida de um mês e onze dias, a pena-base resta fixada em 2 (dois) meses e 11 (onze) dias de detenção.

Porém, quanto ao crime de falsa identidade, caso viesse a ser aplicado tal sistema, à pena mínima dever-se-ia aplicar acréscimo de 1 (um) mês e 3 (três) dias de detenção, de forma que passaria para 04 (quatro) meses de 3 (três) dias de detenção, superior à fixada pela sentença, de forma que resultaria prejudicial ao apelante em recurso exclusivo da defesa, o que é vedado pelo art. 617, do CPP.

Da reincidência e da compensação com a confissão espontânea.

Requer a defesa seja afastada a reincidência, sob alegação de que a sentença dos Autos 0061633-82.2012.8.12.0001 foi reformada no Tribunal.

De fato, conforme se verifica pela folha de antecedentes criminais, f. 90-95, o apelante, em segundo grau, resultou absolvido nos Autos 0061633-82.2012.8.12.0001. Porém, o mesmo resultou condenado por roubo nos Autos do Processo 0071274-65.2010.8.12.0001, com trânsito em julgado em 02/10/2012, de forma que está configurada a reincidência, eis que entre a extinção da pena e a prática do novo crime não decorreu o período depurador.

De qualquer forma, verifica-se que a sentença operou a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea em relação a ambos os crimes, de maneira que não há interesse no pedido de compensação constante do presente recurso.

Do redimensionamento da sanção.

Na primeira fase da dosimetria, relativamente ao crime de receptação culposa, fixa-se a pena-base em 2 (dois) meses e 11 (onze) dias de detenção, e quanto ao crime de falsa identidade mantém-se a pena aplicada, em 4 (quatro) meses de detenção. Na segunda fase, diante da compensação entre a reincidência e a confissão espontânea, realizada na sentença e não havendo outras agravantes ou atenuantes, nada há que se alterar na pena intermediária. No que tange à terceira fase, diante da ausência de causas de aumento ou diminuição de pena a serem reconhecidas, fixa-se definitivamente a pena de Felipe de Almeida Rodrigues pelo crime de receptação culposa em 2 (dois) meses e 11 (onze) dias de detenção e pelo crime de falsa identidade em 4 (quatro) meses de detenção, as quais são unificadas em 06 (seis) meses e 11 (onze) dias de detenção.

Do regime inicial de cumprimento.

Pleiteia a defesa o regime inicial aberto de cumprimento da pena.

A pena de detenção deve ser cumprida inicialmente no regime semiaberto ou aberto, devendo-se atentar aos preceitos do art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal, quais sejam a quantidade da pena aplicada, as circunstâncias judiciais e a reincidência.

Por força do disposto pela letra "c" do § 2º, o reincidente, apenado a quatro anos ou menos, deve iniciar o cumprimento da sanção corporal no regime semiaberto.

Dessa maneira, por possuir maus antecedentes e ser reincidente torna-se necessária a manutenção do regime semiaberto para o início do cumprimento para ambos os crimes.

Da substituição da pena por restritiva de direitos.

Impossível a substituição da pena corporal por restritiva de direitos tendo em vista os requisitos do art. 44, II e III, do Código Penal, pois o apelante é reincidente em crime doloso, além de as circunstâncias judiciais não indicarem que a medida seja suficiente.

No que tange ao prequestionamento cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para alterar a pena-base quanto ao crime de receptação culposa, fixando-a em 2 (dois) meses e 11 (onze) dias de detenção, unificando as penas em 06 (seis) meses e 11 (onze) dias de detenção.

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. 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, Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz e Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Campo Grande, 16 de abril de 2020.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva
Apelação Criminal nº 0000870-20.2016.8.12.0052 – Anastácio

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO QUALIFICADO – ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO – RECONHECIMENTO PELA SENTENÇA – ERRO MATERIAL – APLICAÇÃO DA SANÇÃO COMPATÍVEL AO TIPO PENAL. PENA-BASE – PERSONALIDADE DO AGENTE – MULTIRREINCIDÊNCIA – MATÉRIA PERTINENTE AOS ANTECEDENTES. REGIME INICIAL – RECLUSÃO INFERIOR A QUATRO ANOS – REINCIDÊNCIA – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – SÚMULA 269 DO STJ – INAPLICABILIDADE – ART. 33, §§ 2º e 3º, DO CP – REGIME FECHADO IMPOSITIVO – PROVIMENTO PARCIAL.

Equivocada a sentença que, embora reconheça a forma qualificada do furto (art. 155, § 4º, I, do CP), aplica a sanção relativa ao furto simples (*caput* do art. 155 do mesmo código).

Nos termos do princípio Constitucional da motivação na individualização da pena (artigos 5º, XLVI, e 93, IX, da Constituição Federal), na primeira fase da dosimetria da pena, o juiz deve fundamentar com base em elementos concretos o juízo firmado sobre cada uma das circunstâncias judiciais previstas pelo artigo 59 do CP.

A multirreincidência não autoriza juízo depreciativo da personalidade do agente, posto que tal fato é objeto da moduladora dos antecedentes.

Pela inteligência dos artigos 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, a caracterização da reincidência, somada à existência de circunstância judicial desfavorável, obriga à fixação de regime prisional mais gravoso, ainda que a pena imposta seja inferior a quatro anos de reclusão. A Súmula 269 do STJ permite a fixação de regime menos gravoso ao reincidente apenas quando todas as circunstâncias judiciais sejam favoráveis.

Em parte com o parecer, dá-se parcial provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por unanimidade, deram parcial provimento.

Campo Grande, 7 de maio de 2020.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Ministério Público Estadual, contra a sentença de f. 182-187 que condenou Fábio Aguilar de Souza à pena de 1 ano e 4 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 20 dias-multa, por infração ao art. 155, § 4º, I, do Código Penal.

Inconformado com a decisão, pelas razões expostas a f. 201-215, postula: 1) pelo reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo e devida aplicação da pena; 2) revisão da pena-base; 3) alteração do regime prisional para o fechado. Prequestionamento a f. 214.

As contrarrazões vieram a f. 220-232.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 242-253, opina pelo provimento. Prequestionamento a f. 252-253.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Ministério Público Estadual contra a sentença de f. 182-187 que condenou Fábio Aguilar de Souza à pena de 1 ano e 4 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 20 dias-multa, por infração ao art. 155, § 4º, I, do Código Penal.

Inconformado com a decisão, pelas razões expostas a f. 201-215, postula: 1) pelo reconhecimento da qualificadora do rompimento de obstáculo e devida aplicação da pena; 2) revisão da pena-base; 3) alteração do regime prisional para o fechado. Prequestionamento a f. 214.

As contrarrazões vieram a f. 220-232.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 242-253, opina pelo provimento. Prequestionamento a f. 252-253.

É o que basta para analisar a pretensão.

Qualificadora.

Postula pela aplicação da pena na forma qualificada, prevista no art. 155, § 4º, I, do CP, uma vez que a sentença reconheceu a majorante do rompimento de obstáculo, e, no entanto, ao fixar a sanção, o fez com base no *caput* do art. 155 do mesmo código, referindo-se ao crime de furto simples.

Com efeito, a sentença, não obstante tenha reconhecido referida qualificadora (f. 184) e condenado o apelado pelo crime do art. 155, § 4º, I, do CP (f. 187), equivocou-se ao fixar a pena, aplicando a relativa ao furto simples (f. 185 e 186).

Nesse contexto, assiste razão ao órgão ministerial. A denúncia imputou ao acusado a prática do crime qualificado e as provas produzidas nos autos, conforme consta da sentença, confirmaram a conduta delituosa nesses termos. E o documento de f. 16 justifica a ausência de laudo pericial acerca do rompimento de obstáculo, em razão da não localização do imóvel e da impossibilidade de contato com a vítima, conforme os motivos lá registrados.

Portanto, verificada a presença de erro material, impositiva sua correção para, em razão da condenação pelo crime do art. 155, § 4º, I, do Código Penal, aplicar a pena para o mesmo prevista.

Pena-base.

Alega o Ministério Público que o fato de o acusado ostentar várias condenações definitivas é motivo suficiente para atribuir juízo depreciativo também à moduladora da personalidade.

A sentença considerou negativa a moduladora dos antecedentes e em razão disso fixou a pena-base em 1 ano e 4 meses de reclusão, acréscimo de 4 meses.

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.

Para os antecedentes, a condenação por crime anterior transitada em julgado, que não seja empregada para fins de reincidência, serve para recrudescer a pena basilar. E no caso dos autos, considerando que o acusado ostenta inúmeras condenações definitivas, conforme certidão de antecedentes criminais de f. 53-70, sendo multirreincidente, justifica-se o juízo negativo dessa moduladora.

No que toca à personalidade, porém, retifico o entendimento até então adotado para, em razão da segurança jurídica e até por coerência sistêmica, acompanhar a decisão proferida pela terceira seção do STJ, no julgamento do EAREsp 1311636/MS, no qual referida Corte Superior firmou o entendimento no sentido de ser impossível considerar as múltiplas condenações em outras moduladoras, reservando-as exclusivamente ao campo dos antecedentes, os quais, em tal hipótese, poderão gerar acréscimo superior ao incidente nas demais. Eis a parte do julgado que aqui interessa:

> *"(...) 3 – A conduta social e a personalidade do agente não se confundem com os antecedentes criminais, porquanto gozam de contornos próprios – referem-se ao modo de ser e agir do autor do delito -, os quais não podem ser deduzidos, de forma automática, da folha de antecedentes criminais do réu. Trata-se da atuação do reú na comunidade, no contexto familiar, no trabalho, na vizinhança (conduta social), do seu temperamento e das características do seu caráter, aos quais se agregam fatores hereditários e socioambientais, moldados pelas experiências vividas pelo agente (personalidade social). Já a circunstância judicial dos antecedentes se presta eminentemente à análise da folha criminal do réu, momento em que eventual histórico de múltiplas condenações definitivas pode, a critério do julgador, ser valorado de forma mais enfática, o que, por si só, já demonstra a desnecessidade de se valorar negativamente outras condenações definitivas nos vetores personalidade e conduta social."*

De tal forma, rejeito a pretensão.

Contudo, elevo a pena-base em patamar um pouco acima do normal, considerando os fundamentos acima expostos (multiplicidade de condenações definitivas).

Do redimensionamento da pena.

Na primeira fase, em razão dos antecedentes considerados negativos (multiplicidade de condenações), a pena-base é fixada em 3 anos de reclusão e 12 dias-multa, assim tornada definitiva em razão da ausência de outras causas modificadoras.

Regime prisional.

Por fim, postula pela alteração do regime prisional para o fechado.

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.

A Súmula 269 do STJ possibilita imposição de regime semiaberto até mesmo ao reincidente, mas isto somente quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis. Confira-se:

> *"É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais."*

No julgamento do *HC* 272899/SP, o Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, integrante da Sexta Turma do STJ, estabeleceu o regime inicial fechado, mesmo com a pena inferior a quatro anos de reclusão, quando qualquer circunstância judicial contiver valoração negativa assentando que *"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 previstas no artigo 59 do Código Penal,*** *como no caso concreto."* (Sem grifo na origem).

E mais recentemente aquela Corte confirmou, como se vê:

> *"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO – IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA – ART. 16 § ÚNICO, IV, DA LEI N. 10.826/2003 – PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 4 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO – DOSIMETRIA – PENA-BASE – ANÁLISE DESFAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO – APREENSÃO DE CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE CARTUCHOS INTACTOS E PACIENTE QUE EXERCIA A SEGURANÇA EM PONTO DE TRÁFICO DE DROGAS – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – RESPEITO À DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR – PENA MANTIDA – REGIME PRISIONAL FECHADO – MANUTENÇÃO – PACIENTE REINCIDENTE E COM PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, ANTE A PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL – NÃO APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 269/STJ – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...). Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada na reincidência ou nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Inteligência da Súmula n. 440/STJ.* ***Por outro lado, segundo o Enunciado N. 269 da Súmula desta Corte, é admissível a fixação do regime prisional semiaberto ao réu reincidente condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, quando favoráveis as circunstâncias judiciais. Hipótese em que, apesar de a pena final do paciente ter sido estabelecida em patamar inferior a quatro anos de reclusão e a reincidência não ser empecilho, por si só, à fixação do regime intermediário, o fato de o acusado possuir circunstância judicial desfavorável, que justificou a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, impede o reconhecimento do alegado constrangimento ilegal, devendo ser mantido o regime inicial fechado estabelecido pelo acórdão recorrido.*** *Precedentes. Habeas corpus não conhecido."* (STJ; *HC* 411.870; Proc. 2017/0199556-5; RS; Quinta Turma; Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca; DJE 20/10/2017). (Reduzi ao ponto sob enfoque e destaquei).

Neste caso, embora a pena definitiva tenha sido fixada em 3 anos de reclusão, está caracterizada a reincidência e, além disso, há circunstância judicial desfavorável, como é o caso dos antecedentes, de forma que o regime a ser aplicado para início do cumprimento da sanção é o fechado, razão pela qual acolho a pretensão.

No que tange ao prequestionamento cabe esclarecer que os dispositivos legais invocados foram expressamente abordados.

São estes os fundamentos pelos quais, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para reconhecer o erro material verificado na sentença e aplicar a pena relativa ao crime de furto qualificado, nos termos do art. 155, § 4º, I, do Código Penal, e fixar a pena de Fabio Aguillar de Souza em 3 (três) anos de reclusão, em regime fechado, e 12 (doze) dias-multa.

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, 7 de maio de 2020.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva
Agravo de Execução Penal nº 0001747-34.2017.8.12.0016 – Dourados

EMENTA – AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – PROGRESSÃO DE REGIME – FRAÇÃO DESTINADA AOS REINCIDENTES – ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI N.º 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME) – REINCIDÊNCIA GENÉRICA – LAPSO TEMPORAL DE 3/5 – RECURSO DESPROVIDO.

Embora o § 2º do artigo 2º da Lei dos Crimes Hediondos tenha sido revogado pela Lei n. 13.964/19, de 19 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime), que também deu nova redação ao artigo 112 da LEP, o agente condenado por crime hediondo ou equiparado que for reincidente, ainda que na forma genérica, deve cumprir 60 % (sessenta por cento) da pena imposta para adquirir o direito à progressão de regime, posto que o disposto pelo inciso V do artigo 112 da LEP aplica-se exclusivamente ao que for primário.

Recurso ao qual, com o parecer, nega-se provimento.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 21 de maio de 2020.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de Agravo em Execução Penal interposto por Eduardo Francisco Antunes dos Santos contra a decisão que indeferiu o pedido de retificação do cálculo de pena, para aplicação do inciso VII do artigo 112 da LEP, acrescido pela Lei n. 13.964/19, de forma retroativa, alegando se tratar de *novatio legis in mellius*.

Nas razões de f. 01-06, pugna pela reforma da decisão, a fim de conceder ao reeducando a aplicação da lei penal mais benéfica, retificando-se o Relatório de Situação Processual Executória para constar o prazo de 40% (quarenta por cento) de cumprimento de pena da condenação por tráfico de drogas para fins de progressão de regime prisional, nos termos da nova redação do artigo 112, inciso V, da LEP.

Em contrarrazões de f. 281-294, o *Parquet* manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do presente recurso.

A decisão foi mantida pelos seus próprios fundamentos (f. 276-277).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 307-317, manifesta-se pelo desprovimento da presente demanda.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de Agravo em Execução Penal interposto por Eduardo Francisco Antunes dos Santos contra a decisão que indeferiu o pedido de retificação do cálculo de pena, para aplicação do inciso VII do artigo 112 da LEP, acrescido pela Lei n. 13.964/19, de forma retroativa, alegando se tratar de *novatio legis in mellius*.

Nas razões de f. 01-06, pugna pela reforma da decisão, a fim de conceder ao reeducando a aplicação da lei penal mais benéfica, retificando-se o Relatório de Situação Processual Executória para constar o prazo de 40% (quarenta por cento) de cumprimento de pena da condenação por tráfico de drogas para fins de progressão de regime prisional, nos termos da nova redação do artigo 112, inciso V, da LEP.

Em contrarrazões de f. 281-294, o *Parquet* manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do presente recurso.

A decisão foi mantida pelos seus próprios fundamentos (f. 276-277).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 307-317, manifesta-se pelo desprovimento da presente demanda.

É o que basta para analisar a pretensão.

Infere-se dos autos que o agravante insurge-se contra a decisão que indeferiu o pedido de retificação do relatório de situação processual executória, formulado pela defesa, para aplicação do inciso VII do artigo 112 da LEP, acrescido pela Lei n.º 13/964/19, de forma retroativa, alegando se tratar de *novatio legis in mellius*.

Aduz que não se trata de reincidente específico, posto que as condenações definitivas anteriores por furto simples e qualificado são de natureza comum e não hedionda. Desta forma, o lapso aplicável com relação ao crime de tráfico de drogas é de 40% (quarenta por cento) para progressão de regime, e não de 60% (sessenta por cento).

Todavia, não assiste razão à pretensão defensiva.

Torna-se imperioso rememorar o que está disposto no art. art. 2º, inciso II, § 2, da Lei n.º 8.072/90 que, com o advento da Lei n.º 11.464/07, dispôs sobre a progressão de regime nos seguintes termos:

> *"Art. 2º, inciso II, § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente."*

O dispositivo apontado estabelece que, para obter o direito à progressão para regime menos gravoso, na hipótese de condenação por crime hediondo ou equiparado, o sentenciado deve cumprir 2/5 da pena, se primário, e 3/5 da pena quando reincidente.

Mesmo com o advento da Lei n.º 13.769/18, que alterou a redação do art. 2º, § 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, foi mantida a fração de 3/5 ao réu reincidente, genérico ou específico, condenado por crime hediondo ou equiparado, no cálculo da progressão de regime:

> *"Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados pelos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 112 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)."* (Redação dada pela Lei nº 13.769, de 2018).

Destarte, tornou-se pacífico na jurisprudência pátria o entendimento de que, a partir do texto legal, não se fez qualquer distinção entre a especificidade ou não da reincidência, de forma que o condenado não precisaria ser reincidente em crime hediondo ou equiparado para encaixar-se no critério de cumprimento de 3/5 da pena para progressão de regime. Nesta linha de entendimento:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – EXECUÇÃO PENAL – PROGRESSÃO DE REGIME – RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO CRIMINAL – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À COISA JULGADA – CIRCUNSTÂNCIA PESSOAL QUE INTERFERE NA EXECUÇÃO COMO UM TODO – APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 3/5 APENAS AO REINCIDENTE ESPECÍFICO – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. 1. A reincidência do acusado constitui circunstância pessoal que acompanha o condenado durante toda a execução, podendo ser reconhecida pelo Juízo que supervisiona o cumprimento da pena, ainda que não declarada pelo Juízo que prolatou a sentença condenatória. Precedentes. 2. De outra parte, firmou-se nesta Superior Corte de Justiça entendimento no sentido de que, nos termos da legislação de regência, mostra-se irrelevante que a reincidência seja específica em crime hediondo para a aplicação da fração de 3/5 na progressão de regime, pois não deve haver distinção entre as condenações anteriores (se por crime comum ou por delito hediondo). 3. Agravo regimental não provido."* (STJ. AgRg no *HC* 494.404/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/05/2019, DJe 20/05/2019).

> *"EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – PROGRESSÃO DE REGIME – CONDENAÇÃO POR CRIME HEDIONDO – CUMPRIMENTO DE 3/5 DA PENA – DESNECESSIDADE DE REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, COM O PARECER. Em se tratando de reincidente, a progressão de regime para condenado por crime hediondo será obtida após o cumprimento de 3/5 da pena, independentemente de ser reincidência específica ou genérica. - 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. Agravo de Execução Penal n. 0046322-41.2018.8.12.0001, Campo Grande, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 27/01/2019, p: 29/01/2019)

Com o advento da Lei n.º 13.964/19 (Pacote Anticrime), de 19 de dezembro de 2019, o artigo 2º, § 2º da Lei dos Crimes Hediondos, dispositivo legal já comentado acima, foi revogado, assim como foi estabelecida nova redação para o artigo 112 da LEP.

Desta feita, cabe apontar que, mesmo com as alterações legais, o legislador não passou a exigir reincidência específica para aplicar a fração de 3/5, apenas determinou que a progressão de regime de réu condenado por crime hediondo e equiparado não será mais regulamentado pela Lei n.º 8.072/90, e sim pela Lei n.º 13.964/19, que alterou a redação do artigo 112 da LEP, tratando do percentual de pena em comento nos incisos V, VI, VII e VIII:

> *"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: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019).*

(...)

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

(...).”

Depreende-se da leitura da nova redação dada ao artigo 112 da Lei de Execução Penal que, em nenhum dos incisos apontados, o legislador utilizou a expressão reincidente específico, da mesma forma que não utilizou nas redações anteriores. Assim, nota-se que, mais uma vez, o legislador estabeleceu, para fins de progressão de regime, percentuais diferentes para réu primário e reincidente, seja essa reincidência específica ou genérica, pois, sendo reincidente, denota-se maior reprovação e necessidade de prevenção e repressão do delito, não se podendo utilizar o mesmo percentual para quem não é reincidente.

Destaca-se que o reeducando é reincidente e foi condenado por crime equiparado a hediondo, no caso tráfico de drogas, especificamente como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, inciso V, ambos da Lei n.º 11.343/06, sendo a reincidência do agravante mantida por este egrégio Tribunal (f. 149-155).

De tal forma, a ele não se aplica o percentual de 40%, previsto pelo inciso V, destinado a quem, condenado por crime hediondo ou equiparado, seja primário.

Assim, por ser reincidente, aplica-se o que dita o inciso VII, que estabelece o percentual de 60% (sessenta por cento) da pena (3/5), para fins de progressão de regime.

Por fim, cabe ressaltar que a Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria-Geral do Ministério Público de São Paulo possuem enunciados sobre a aplicação das alterações introduzidas pela Lei nº 13.964/2019 (pacote anticrime), estabelecendo, no Enunciado nº 49, que, *“tendo em vista que o artigo 112 da LEP não utiliza o termo ‘reincidente específico’, a aplicação das frações previstas nos incisos IV, VII e VIII se baseia na recidiva, independentemente da natureza do crime anterior.”*

Deste modo, considerando a situação de reincidência do agravante, a decisão ora agravada deve ser mantida.

Quanto ao prequestionamento aventado, a matéria foi amplamente debatida, sendo prescindível a indicação pormenorizada de dispositivos legais.

São estes os fundamentos pelos quais, com o parecer, nego provimento ao presente recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, 21 de maio de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator designado Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques
Apelação Criminal nº 0019335-07.2014.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO – REDUÇÃO DA PENA-BASE – IMPOSSIBILIDADE – AUMENTO DO *QUANTUM* REDUTOR DA CONFISSÃO – IMPERTINÊNCIA – AUMENTO DA FRAÇÃO REDUTORA DA TENTATIVA – REJEIÇÃO – RECURSO DESPROVIDO.

Deve ser mantida a pena-base quando as circunstâncias judiciais são analisadas fundamentadamente com base nos elementos concretos contidos no processo.

A delimitação do patamar redutor das atenuantes é atribuição discricionária do juiz, que, para tanto, deve levar em consideração o princípio da proporcionalidade, estabelecendo uma redução condizente com as circunstâncias do caso concreto.

A fixação da pena do crime tentado leva em consideração, como regra, a teoria real ou realística, para a qual a pena da tentativa deve considerar o efetivo grau de lesão ou perigo de lesão a que foi submetido o bem jurídico penalmente tutelado, o que se mede pela extensão do caminho percorrido pelo agente ao longo do *iter criminis*.

REFORMA DE OFÍCIO OPERADA PELO RELATOR – ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DE PRISÃO – DESACOLHIMENTO – MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO – SENTENÇA MANTIDA NESSE PONTO.

Ainda que a pena fixada admita regime mais brando, a situação de reincidência do réu e a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis permitem a fixação do regime inicial fechado, devendo, assim, ser mantida a sentença.

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 por maioria, nos termos do voto do revisor, vencido, em parte, o Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 7 de abril de 2020.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Eliezer José Borges interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo Juiz Presidente da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande após decisão do Conselho de Sentença que o condenou pela prática dos crimes de homicídio tentado, descrito no art. 121, c/c art. 14, inciso II, com a redução do art. 65, inciso III, alínea "d", e a agravante do art. 61, inciso I, todos do Código Penal, à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Requer i. seja fixada a pena basilar no patamar mínimo legal ou em patamar próxima dela avaliada a desproporcionalidade do aumento realizado; ii. seja aumentado o patamar de redução de pena pela incidência da atenuante da confissão espontânea; e iii. seja aumentada o patamar de redução em razão do crime tentado em seu patamar máximo de 2/3 (dois terço) (art.14, II, CP), f. 896-916.

Contrarrazões, f. 920-934, e parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, f. 943-952, pelo improvimento do apelo defensivo.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Eliezer José Borges interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo Juiz Presidente da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Campo Grande após decisão do Conselho de Sentença que o condenou pela prática dos crimes de homicídio tentado, descrito no art. 121, c/c art. 14, inciso II, com a redução do art. 65, inciso III, alínea "d", e a agravante do art. 61, inciso I, todos do Código Penal, à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial fechado.

Requer: seja fixada a pena basilar no patamar mínimo legal ou em patamar próxima dela avaliada a desproporcionalidade do aumento realizado; seja aumentado o patamar de redução de pena pela incidência da atenuante da confissão espontânea; e seja aumentada o patamar de redução em razão do crime tentado em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços) (art.14, II, CP).

Contrarrazões e parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo improvimento do apelo defensivo.

Da pena-base.

Requer seja fixada a pena basilar no patamar mínimo legal ou em patamar próxima dela avaliada a desproporcionalidade do aumento realizado.

A pena-base do apelante foi fixada nos seguintes termos:

> *"(...)*
>
> *Na primeira fase, as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP não lhe são amplamente favoráveis.*
>
> *É portador de antecedentes, pois condenado em sentenças transitadas em julgado pelos crimes de Furto Qualificado (0016171-34.2014 e 0007264-02.2016) e Receptação (0040772-70.2015).*
>
> *Nesse ponto destaco que a condenação afeta aos Autos de nº 0016171-34.2014 será considerada como reincidência e analisada em fase própria e as demais como antecedentes (súmula nº 241 - STJ).*
>
> *A culpabilidade é reprovável (dolo intenso), vez que desferiu 4 (quatro) tiros na vítima, acertando com 2 (dois) disparos no glúteo (pelas costas), inclusive tendo afirmado, quando de seu interrogatório em juízo, que, após dar os 2 (dois) primeiros tiros, falou: 'já que tô aqui, vou terminar o serviço', efetuando os demais tiros (sistema de áudio/vídeo – f. 297), o que bem demonstrou a sua vontade de matá-la.*
>
> *O motivo e a circunstância do crime não foram reconhecidos pelos Jurados como qualificadora.*
>
> *A conduta social lhe desfavorece porque há provas nos autos de que era temido no bairro, inclusive tendo os familiares da vítima se mudado (vide depoimento de Márcio da Silva Torres, f. 191), bem como conhecido por ser vendedor de drogas e por andar armado,*

portanto comportamento que destoa dos interesses da sociedade, basta conferir depoimentos de f. 191 e interrogatório do acusado em Juízo (arquivo de áudio/vídeo - f. 297).

Outrossim, colhido nesta data, em Plenário, ocasião em que o réu afirmou ter adquirido a arma de fogo em oportunidade anterior, bem como responde por outros delitos além dos acima mencionados inclusive tendo sido condenado em sentenças transitadas em julgado pelos delitos de tráfico de drogas, associação para o tráfico, porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (vide f. 368-72 e Autos de nº 0013519-44.2014).

As consequências do crime extrapolam da normalidade tendo em vista que a vítima perdeu um testículo, abaixo melhor explicitado.

Diante dessas circunstâncias judiciais, fixo a pena base em 9 (nove) anos de reclusão.

(...).”

Pois bem.

Antecedentes

Os antecedentes *“é portador de antecedentes, pois condenado em sentenças transitadas em julgado pelos crimes de Furto Qualificado (0016171-34.2014 e 0007264-02.2016) e Receptação (0040772-70.2015). Nesse ponto destaco que a condenação afeta aos Autos de nº 0016171-34.2014 será considerada como reincidência e analisada em fase própria e as demais como antecedentes (Súmula nº 241 – STJ)”*, de fato são desfavoráveis, tanto que apesar de defesa pleiteia a redução da pena-base ao patamar mínimo legal, não clama pelo afastamento de tal circunstância judicial.

Logo, tal circunstância deve ser mantida como desfavorável.

Culpabilidade

O magistrado *a quo* considerou ainda em desfavor do apelante a culpabilidade *“é reprovável (dolo intenso), vez que desferiu 4 (quatro) tiros na vítima, acertando com 2 (dois) disparos no glúteo (pelas costas), inclusive tendo afirmado, quando de seu interrogatório em juízo, que, após dar os 2 (dois) primeiros tiros, falou: ‘já que tô aqui, vou terminar o serviço’, efetuando os demais tiros (sistema de áudio/vídeo – f. 297), o que bem demonstrou a sua vontade de matá-la.”*

Como efeito, *“para fins de individualização da pena, a culpabilidade deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade para que se possa concluir pela prática ou não de delito.”* (*HC* 548.892/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/02/2020, DJe 28/02/2020)

No caso dos autos, o apelante, utilizando de armas de fogo deu 4 (quatro) tiros na vítima, sendo que 2 (dois) disparos a atingiram. Vale destacar que os disparos que atingiram o glúteo da vítima, ou seja, os tiros foram dados pelas costas. Não bastasse, como bem justificou o magistrado *a quo* o apelante afirmou *“quando de seu interrogatório em juízo, que, após dar os 2 (dois) primeiros tiros, falou: ‘já que tô aqui, vou terminar o serviço’, efetuando os demais tiros.”*

Logo, a toda evidência, a majoração da pena-base a título de culpabilidade deve ser mantida, pois demonstra o dolo intenso e o maior grau de censura a ensejar resposta penal superior.

Conduta social

Foi considerada, também, em desfavor do apelante a sua conduta social “*lhe desfavorece porque há provas nos autos de que era temido no bairro, inclusive tendo os familiares da vítima se mudado (vide depoimento de Márcio da Silva Torres, f. 191), bem como conhecido por ser vendedor de drogas e por andar*

armado, portanto comportamento que destoa dos interesses da sociedade, basta conferir depoimentos de f. 191 e interrogatório do acusado em Juízo (arquivo de áudio/vídeo - f. 297). Outrossim, colhido nesta data, em Plenário, ocasião em que o réu afirmou ter adquirido a arma de fogo em oportunidade anterior, bem como responde por outros delitos além dos acima mencionados inclusive tendo sido condenado em sentenças transitadas em julgado pelos delitos de tráfico de drogas, associação para o tráfico, porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (vide f. 368-72 e Autos de nº 0013519-44.2014).”

Segundo a concepção garantista do Direito Penal, é incorreta a exasperação da reprimenda mediante reprovação de conduta social e personalidade do acusado, pois este deve responder pelo fato criminoso imputado (Direito Penal do fato), e não pelo seu comportamento ou por seus traços de personalidade (Direito Penal do autor).

Se não bastasse, não foram produzidos exames psiquiátrico, psicológico ou sociológico conducentes a permitir ao julgador de primeira instância chegar a tais “diagnósticos”.

Assim, em que pese a justificação dada a negativação, afasto, pois a conduta social como circunstância judicial desfavorável.

Consequências do crime

Por fim, pesou em desfavor do apelante a circunstâncias judicial das consequências do crime *“extrapolam da normalidade tendo em vista que a vítima perdeu um testículo, abaixo melhor explicitado.”*

Como é cediço *“no tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, as instâncias ordinárias apresentaram fundamentação concreta, idônea e suficiente, apta a justificar a atribuição de maior rigor penal à vetorial* consequências do crimes, porquanto acompanhada de elementos concretos que permitem concluir pela efetiva formação de traumas emocionais indeléveis, capazes de acarretar abalo no cotidiano e no estado psicológico da vítima.” (AgRg no REsp 1814988/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019)

In casu, apesar do magistrado singular afirmar que a vítima perdeu um testículo, resultado da ação este que revelaria-se superior ao inerente ao tipo penal, o fato é que não se verifica nos laudos acostado nos autos tal informação.

Assim, deve ser afastada tal circunstância judicial como desfavorável.

Destaco, por oportuno, que como se verifica o aumento da pena se deu em fração bem abaixo de 1/8 da pena que o julgador dispõe na dosimetria da primária (máximo menos o mínimo abstrato), ou seja, 20 anos de reclusão – 6 anos de reclusão * 1/8 = 1 ano e 9 meses de reclusão).

In casu, o magistrado, em razão de cada circunstância judicial desfavorável elevou a reprimenda do apelante em 9 meses de reclusão (pena-base fixada em 3 anos acima do mínimo / a 4 circunstâncias judiciais negativas = 9 meses de reclusão).

Embora o patamar de aumento no importe 1/8 para cada circunstância desfavorável, não seja regra, pode nortear o *quantum* de aumento, se, excepcionalmente a circunstância tida como desfavorável, não extrapolar a normalidade do crime.

Logo, inexiste desproporcionalidade na pena basilar fixada como afirma a defesa.

Assim, no mesmo patamar de aumento fixado na sentença, por ser mais favorável ao apelante e se mostra adequado ao caso em tela, fixo a pena-base do apelante em 7 anos e 6 meses de reclusão.

Da atenuante.

Requer ainda seja aumentado o patamar de redução de pena pela incidência da atenuante da confissão espontânea.

Na segunda fase de fixação da pena o *quantum*, considerado em razão da atenuante da confissão espontânea foi de 6 meses (pena basilar fixada em 9 anos de reclusão).

De fato, embora a Lei não estabeleça um *quantum* fixo para atenuantes e agravantes, é prudente que julgador, ao aplicá-las, não se afaste do limite relativo às majorantes e minorantes (1/6).

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci explica que:

> *"Ponto relevante, que merece abordagem preliminar, refere-se ao quantum das agravantes e atenuantes. A norma do art. 61 limitou-se a estipular que as circunstâncias ali previstas sempre agravam a pena, embora não tenha fornecido, como ocorre em outros Códigos estrangeiros, qualquer valor. O mesmo ocorre com o disposto no art. 65, que determina deve a pena ser atenuada, porém sem qualquer menção ao montante. Temos defendido que cada agravante ou atenuante deve ser equivalente a um sexto da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou diminuição da pena), afinal serão elas (agravantes e atenuantes) consideradas na segunda fase de aplicação da pena, necessitando ter uma aplicação efetiva. Não somos partidários da tendência de elevar a pena em quantidades totalmente aleatórias, fazendo com o que o humor do juiz prepondere ora num sentido, ora noutro. (...) a única maneira de se assegurar fiel cumprimento à elevação efetiva ou à redução eficaz da pena, na segunda fase de individualização, é a eleição de um percentual, que, como já dissemos, merece ser fixado em um sexto. (...)."* (*in* Individualização da pena. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 189)

Todavia, no presente caso a circunstância atenuante foi compensada com a agravante da reincidência. Vejamos:

> *"(...)*
>
> *Na segunda fase, pela atenuante da confissão reduzo 6 (seis) meses, não merecendo redução maior, porquanto o fato foi presenciado por testemunha, logo, sua confissão não foi preponderante para a elucidação do caso, mormente se a vítima foi sobrevivente.*
>
> *Nessa ordem de ideias, a referida confissão deve ser valorada conforme o caso concreto e principalmente a sua intensidade de colaboração, não se olvidando do entendimento do STJ quanto ao percentual de 1/6 (um sexto) de redução.*
>
> *Dessa forma, poderia ter a redução de 1/6 (um sexto) conforme entende o STJ, desde que a confissão fosse determinante para a descoberta da autoria, aliás, em muitos casos é a única prova que alicerça a condenação, situação oposta da confissão do réu nesse feito, razão pela qual, repito, não é merecedor da fração de 1/6, embora deva ser prestigiada por este juízo.*
>
> *Ainda nessa fase, majoro 6 (seis) meses pela presença da agravante da reincidência, uma vez que condenado em sentença transitada em julgado no dia 14-10-2013 pelo crime de furto qualificado praticado no dia 30-4-2012 (Autos 0016171-34.2014, f. 369-70).*
>
> *Assim, ficam compensadas a circunstância atenuante e agravante.*
>
> *(...)."*

Como é cediço, *"prevalece na Terceira Seção desta Corte Superior o entendimento de que é possível a compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência, por constituírem circunstâncias igualmente preponderantes, devendo o julgador atentar para as singularidades do caso concreto."* (AgRg no *HC* 537.732/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 21/11/2019, DJe 28/11/2019).

Como se observa, a orientação jurisprudencial é que deve-se, sempre que possível operar-se a compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência.

Logo, o aumento do patamar de redução de pena pela incidência da atenuante da confissão espontânea, como pretende a defesa, implicaria em na verdade em preponderância da atenuante em relação a agravante, o que deve ser obstado.

Assim, por todo o exposto, mantenho o patamar de aumento da atenuante nos exatos termos da sentença, levando em consideração, mormente, que esta restou compensada com a agravante da reincidência.

Do *quantum* da tentativa.

Requer, por fim, seja aumentada o patamar de redução em razão do crime tentado em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços) (art.14, II, CP).

A causa de diminuição da tentativa

> *"(...)*
>
> *Na terceira fase, ante a presença da causa de diminuição da tentativa (art. 14, inciso II, do CP), reduzo 1/3 (um terço), tendo em vista o iter criminis praticado pelo acusado, uma vez que há prova nos autos que desferiu quase todos os tiros de seu revólver (quatro), aliás a lesão corporal é gravíssima, não obstante o laudo equivocadamente constar que foi grave, tendo em vista que a vítima perdeu um testículo, sofrendo, portanto, dentre outras sequelas deformidade permanente. Assim, aproximou-se da consumação.*
>
> *(...)."*

Mais uma vez com razão a defesa.

Conforme consignei quando da analisa da pena basilar, circunstância judicial das consequências do crime, apesar do magistrado singular afirmar que a vítima perdeu um testículo, o fato é que não se verifica nos laudos acostado nos autos tal informação.

Embora conste do laudo, acerca do segundo projétil que atingiu a vítima que orifício da entrada em região perianal direita com orifício da saída em testículo esquerdo, com hematoma em bolsa escrotal, o fato é que do laudo de f. 64-68, extrai-se que a lesão sofrida pela vítima: i. Não resultou em perigo de vida e ii. Não resultou de debilidade permanente de membro, sentido ou função; iii. Não resultou incapacidade permanente para o trabalho; iv. Não resultou enfermidade incurável e v. Não resultou deformidade permanente. Sendo, portando, a lesão considerada grave.

Sendo assim, não havendo comprovação inconteste da deformidade permanente da vítima, bem como considerando que o ferimento sofrido pela vítima não resultou em perigo de vida.

Logo, *"havendo prova suficiente de que o acusado percorreu de maneira ínfima o iter criminis do crime de homicídio, resta justa a aplicação da redutora no patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços)."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0001677-61.2010.8.12.0016, Mundo Novo, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence, j: 11/04/2016, p: 31/05/2016).

Assim, aumento a redução da pena pela tentativa para 2/3.

Nova dosimetria de pena.

1ª Fase de fixação de pena. Por todo o exposto, fica a a pena-base do apelante fixada em 7 anos e 6 meses de reclusão.

2ª Fase de fixação de pena. Presente a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, razão pela qual, nos termos da sentença ora mantida, ficam compensadas e a pena intermediária inalterada, ou seja, fica a pena nessa fase de fixação mantida em 7 anos e 6 meses de reclusão.

3ª Fase de fixação de pena. Em razão da presença da causa de diminuição da tentativa (art. 14, inciso II, do CP), por todo o exposto, reduzo 2/3, ficando a pena em 2 anos e 6 meses reclusão, o que torno definitivo em razão das ausências de outras causas modificativas.

Do regime.

Outrossim, em razão da nova dosimetria da pena do apelante, considerando a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como a sua reincidência, fixo o regime intermediário, qual seja, o semiaberto para o início do cumprimento da sua pena.

Conclusão.

Posto isto, encaminho voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso defensivo para reduzir a pena-base do apelante, bem como para aumentar a redução da pena pela tentativa para o patamar de 2/3, e de ofício, em razão da nova dosimetria de pena, abrandar o regime inicial de cumprimento de pena, do fechado para o semiaberto, restando Eliezer José Borges, condenado à pena de 2 anos e 6 meses reclusão, em regime inicial semiaberto, como incurso no art. 121, c/c art. 14, inciso II, do Código Penal.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Revisor)

Divirjo do Relator, para negar provimento ao recurso.

Isso porque, analisando os autos, entendo que a pena do réu foi adequadamente individualizada, razão pela qual a sentença deverá ser mantida, com base nos fundamentos que a adiante serão expostos.

Da redução da pena-base.

Nas razões recursais, a defesa formulou pedido de redução da pena-base, o qual foi parcialmente acolhido pelo Relator, a fim de afastar a valoração negativa da conduta social e das consequências do crime.

Todavia, ouso divergir de tal orientação, considerando que, no meu entendimento, as moduladoras foram devidamente avaliadas.

Com relação à conduta social, o juiz sentenciante expôs, em parte, fundamentos condizentes com as premissas fáticas que devem ser analisadas no âmbito dessa moduladora.

Nesse exame, deve ser considerado o *"comportamento do agente no seio social familiar e profissional"*, isto é, *"o relacionamento do acusado no meio em que vive*[1]*"*. Segundo Schimitt, a *"conduta social não se refere a fatos criminosos, mas tão somente ao comportamento da pessoa no mundo exterior que habita*[2]*."*

Para o STJ, a conduta social *"corresponde ao comportamento do réu no seu ambiente familiar e em sociedade, de modo que a sua valoração negativa exige concreta demonstração de desvio de natureza comportamental."* (*HC* 546.839/ES, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 11/02/2020, DJe 14/02/2020).

No presente caso, como bem destacou o magistrado sentenciante, as provas produzidas no processo evidenciaram que o réu *"era temido no bairro, inclusive tendo os familiares da vítima se mudado (vide depoimento de Márcio da Silva Torres, f. 191), bem como conhecido por ser vendedor de drogas e por andar armado, portanto comportamento que destoa dos interesses da sociedade (...)."*

Nota-se, portanto, que o comportamento social do réu foi adequadamente analisado, pois os elementos acima exaltados indicam o proceder do réu no meio social em que vive, sendo pessoa temida, considerando a adoção de posturas comportamentais não condizentes com aquelas necessárias a um pacífico convício social.

1 SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**: teoria e prática. 7. ed. Juspodivm, 2012. p. 130.

2 *Ibid*. Pág. 131.

Por outro lado, os demais fundamentos lançados na análise dessa moduladora, relacionados ao retrospecto criminoso do réu, não servem como base para valoração negativa da conduta social, conforme entendimento pacífico do STJ[3].

Assim, havendo motivação suficiente para avaliar o desvalor do comportamento do réu no meio social em que vive, por se tratar de pessoa temida, está adequada a valoração negativa dessas circunstâncias judiciais, que, por isso, deve ser mantida, de modo que continue a interferir na fixação da pena-base.

Por outro lado, com relação às consequências do crime, entendo que a análise feita na sentença também foi adequada.

A moduladora em questão diz respeito à repercussão da conduta ilícita à vítima ou mesmo à sociedade. Segundo nos ensina o professor Ricardo Schimitt[4], *"no exame das consequências da infração penal, o juiz avalia a maior ou menor intensidade da lesão jurídica causada à vítima, aos seus familiares ou à sociedade."*

De acordo com o STJ, *"em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal."* (*HC* 546.839/ES, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 11/02/2020, DJe 14/02/2020).

No presente caso, as consequências do crime foram negativamente avaliadas considerando o grau das lesões físicas sofridas pela vítima, que, em razão do crime, "perdeu um testículo", situação que, sem dúvidas, extrapola o dano próprio do delito em questão, constituindo, assim, motivação concreta para elevação da pena-base.

Portanto, deve ser afastada a valoração negativa dessa circunstância judicial, de modo que ela interfira na fixação da pena-base.

Da fração redutora da tentativa.

Na hipótese da tentativa, situação em que o crime não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, a infração penal deve ser punida mediante aplicação da pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um terço a dois terços.

Para fixação do patamar de redução relacionado a tal causa de diminuição de pena, é preciso que seja observada a distância que foi efetivamente percorrida pelo agente no âmbito do *iter criminis*. Assim, quanto maior a proximidade entre o fato e o resultado naturalístico, menor deverá ser o índice de redução de pena a ser aplicado.

A esse respeito, destaco os seguintes julgados:

> *"ROUBO CIRCUNSTANCIADO (CASO) – TENTATIVA (CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA) – CRITÉRIO (ITER CRIMINIS) – CONSUMAÇÃO (PROXIMIDADE).*
>
> *1. Quando a conduta criminosa beirar os limites da consumação do delito, não se aperfeiçoando o resultado por circunstâncias alheias à vontade do agente, a redução da pena será na menor proporção.*
>
> *2. Caso em que se verifica proximidade entre o fato e o resultado perseguido pelo réu. Assim, aplicável a diminuição da pena no grau mínimo (um terço).*
>
> *3. Agravo regimental improvido."* (AgRg no REsp 933.466/PR, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 15/05/2008, DJe 04/08/2008)

3 (AgRg no AREsp 1622845/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 11/02/2020, DJe 14/02/2020)

4 *ob. cit*. p. 138.

"LATROCÍNIO – TENTATIVA (CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA) – CRITÉRIO (ITER CRIMINIS) – CONSUMAÇÃO (DISTÂNCIA) – ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA (IMPOSSIBILIDADE) – SÚMULA 7 (APLICAÇÃO).

1. Quando a conduta criminosa beirar os limites da consumação do delito, a redução da pena por causa da tentativa será na menor proporção.

2. Caso em que não se verifica proximidade entre o fato e o resultado perseguido pelo réu, tendo sido mínima a exposição do bem jurídico protegido pela norma. Assim, aplicável a diminuição da pena no grau máximo (dois terços).

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

4. Recurso especial do qual não se conheceu." (REsp 666.910/DF, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 18/04/2006, DJ 13/08/2007, p. 414).

No presente caso, pelo que pode ser observado a partir do conjunto probatório, a conduta perpetrada pelo apelante beirou o alcance do momento consumativo.

Isso porque, como bem relatou o magistrado, o réu *"desferiu quase todos os tiros de seu revólver (quatro), aliás a lesão corporal é gravíssima, não obstante o laudo equivocadamente constar que foi grave, tendo em vista que a vítima perdeu um testículo, sofrendo, portanto, dentre outras sequelas deformidade permanente."*

Assim, conclui-se que o crime em questão ficou em patamar bastante avançado, beirando o alcance do resultado naturalístico previsto no tipo penal, não sendo consumado, porém, por circunstâncias alheias à vontade do apelante.

Diante disso, entendo adequada a aplicação da fração mínima de redução da tentativa, ou seja, 1/3 (um terço).

Dessa forma, a sentença deverá ser mantida, com o consequente desprovimento do recurso nesse ponto respectivo.

Do regime inicial de prisão.

Mantida a pena aplicada na sentença, deve ser preservada a fixação do regime inicial fechado, considerando, nesse ponto, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e a situação de reincidência do réu.

Do prequestionamento.

Por fim, sobre o prequestionamento suscitado pelas partes, cabe esclarecer que as matérias relativas aos dispositivos de lei prequestionados não merecem qualquer abordagem específica, pois foram suficientemente enfrentadas, de modo que não houve qualquer inobservância quanto a esses pontos.

Do dispositivo.

Posto isso, com o parecer, conheço e nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto (Vogal)

Acompanho o voto do revisor.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento por maioria, nos termos do voto do revisor, vencido, em parte, o relator. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 7 de abril de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques
Apelação Criminal nº 0002121-78.2016.8.12.0018 – Paranaíba

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – PRELIMINARES – NULIDADE – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA SENTENÇA – REJEITADA – NULIDADE DO PROCESSO – ACESSO A DADOS ARMAZENADOS EM TELEFONES CELULARES APREENDIDOS – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO – INOCORRÊNCIA – AUTORIZAÇÃO DOS PROPRIETÁRIOS – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – CONDENAÇÃO MANTIDA QUANTO AO TRÁFICO DE DROGAS – ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – FRAGILIDADE DAS PROVAS – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS - REDUÇÃO PENA DE MULTA – INCABÍVEL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Se a sentença analisou atentamente as provas dos autos, fundamentando tanto a condenação, quanto a dosimetria da pena, não há falar em nulidade por ausência de fundamentação.

Conforme disposições contidas no art. 6º do CPP, tem-se que é permitida a apreensão de qualquer objeto que tenha relação com o fato delituoso, bem como a colheita de todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias, sendo, inclusive, dever dos funcionários responsáveis pela investigação proceder à coleta de todo e qualquer material probatório apto em comprovar a prática da infração penal. Nesse contexto, não há qualquer ilegalidade no procedimento realizado pelos policiais, relativo à apreensão do celular dos réus e posterior verificação do conteúdo, ainda mais se houve autorização dos mesmos.

Se o conjunto probatório deixa evidente que o comercializava drogas via grupos de *WhatsApp*, deve ser mantida a condenação.

Inexistindo provas concretas de que o apelante traficava em associação permanente e estável com os corréus, deve ser absolvido do crime previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/06.

É inaplicável a minorante do privilégio se o agente não atende ao requisito atinente à vedação de se dedicar à atividade criminosa.

Não se reduz a pena de multa fixada de acordo com o disposto no art. 43 da Lei n.º 11.343/06.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Proveram parcialmente unânime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 16 de junho de 2020.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Gabriel Arazine Silva, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 08 anos de reclusão e 1200 dias-multa, no regime semiaberto, por infração aos arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/06 c/c art. 69 do CP (f. 475-491).

Em preliminar, arguiu a nulidade da sentença por ausência de fundamentação, pois o magistrado de origem não declarou qual a conduta praticada quanto ao tráfico de drogas, nem em que consistiu a associação, considerando que o corréu foi absolvido, bem como a nulidade da prova utilizada para a sua condenação, em razão dos policiais terem obtido informações contidas em aparelho celular, sem prévia autorização judicial. Argumenta, ainda, que não há provas de que o aparelho lhe pertencia, nem que enviou as mensagens, diante da ausência de perícia.

No mérito, pede a absolvição do tráfico de drogas, por ausência de provas da mercancia, já que tudo não passou de uma brincadeira entre adolescentes, e da associação para o tráfico, por inexistência de provas da associação permanente e estável.

Alternativamente, pede o reconhecimento da minorante do privilégio, bem como a redução da pena de multa, por estar exacerbada, não possuindo condição financeira de arcar com seu pagamento (f. 508-531).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pelo desprovimento do recurso (f. 536-548).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo parcial provimento do recurso, a fim de absolver o apelante do crime previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343/06, com a consequente exclusão da respectiva pena de multa (f. 558-575).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Narra-se na denúncia que:

> *"Consta do incluso procedimento policial que, no dia 04 de março de 2016, por volta das 10h20min, na residência localizada na Rua Maria da Paz Alves, n° 09, Centro, nesta cidade e comarca, os denunciados Gabriel Arazine Silva, Vinícius Augusto de Souza Veiga, Bernardo Schiapati Borges e Monise Caroline Dias Silva, em concurso de pessoas e com divisão de tarefas, adquiriram, expuseram à venda, ofereceram, tiveram em depósito, guardaram e forneceram drogas, em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (Portaria nº 28 do DIMED e a Resolução RDC nº 104/2000, da ANVISA)*
>
> *Na mesma condição de dia hora e local, os denunciados Gabriel Arazine Silva, Vinícius Augusto de Souza Veiga, Bernardo Schiapati Borges e Monise Caroline Dias Silva, associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente, o crime previsto no artigo 33, caput, da lei n. 11.343/06.*
>
> *(...)."*

Gabriel Arazine Silva, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 08 anos de reclusão e 1200 dias-multa, no regime semiaberto, por infração aos arts. 33 e 35 da Lei n.° 11.343/06 c/c art. 69 do CP (f. 475-491).

Da preliminar.

Em preliminar, arguiu a nulidade da sentença por ausência de fundamentação, pois o magistrado de origem não declarou qual a conduta praticada quanto ao tráfico de drogas, nem em que consistiu a associação, considerando que o corréu foi absolvido, bem como a nulidade da prova utilizada para a sua condenação, em razão dos policiais terem obtido informações contidas em aparelho celular, sem prévia autorização judicial. Argumenta, ainda, que não há provas de que o aparelho lhe pertencia, nem que enviou as mensagens, diante da ausência de perícia.

A sentença analisou atentamente as provas dos autos, fundamentando tanto a condenação, apresentando as provas da autoria e da materialidade dos delitos, descrevendo todas as declarações das testemunhas e dos denunciados, apontando os motivos de sua convicção, quanto a dosimetria da pena, não merecendo qualquer reparo (f. 475-491).

Conforme se manifestou a d. Procuradoria-Geral de Justiça em seu parecer (f. 563):

> *"Vê-se, portanto, que a sentença analisou exaustivamente os elementos probatórios existentes nos autos, tendo sido sua condenação por ambos os crimes (tráfico e associação), retirados dos depoimentos testemunhais, em especial pelos depoimentos dos policiais e da delação de corréus, além das mensagens remetidas pelo apelante aos corréus (cuja conduta de Bernardo Schiapati foi desclassificada para a de usuário) descrevendo o oferecimento e fornecimento das drogas, de forma a não se aquilatar da sentença qualquer nulidade quanto à análise dos elementos probatórios.*
>
> *Verifica-se,* ***ademais, que o apelante está desenvolvendo plenamente a sua defesa em suas longas razões recursais, refutando a sentença e detalhando os elementos probatórios que entendem pertinentes à sua defesa, de forma que sua defesa está ocorrendo de forma plena e sem qualquer obstáculo,*** *ou seja, não está sendo impedindo ou dificultado o desenvolvimento amplo e irrestrito da defesa, de forma a não restar evidenciado qualquer prejuízo nos termos do art. 563 do CPP.*
>
> *(...)."* (G.n.)

Salienta-se consoante entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que não obstante o art. 93, IX, da CF exigir que *"o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente"*, não é necessário o *"exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos do julgado*[1]*."*

A respeito, já decidiu este Sodalício:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO –* ***PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – NÃO CONFIGURADA – PRELIMINAR REJEITADA –*** *PLEITO ABSOLUTÓRIO – ALEGAÇÃO DE NÃO CONSTITUIR O FATO INFRAÇÃO PENAL E NÃO EXISTIR PROVA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO – TESES AFASTADAS – REDUÇÃO EX OFFICIO DO PATAMAR DE EXASPERAÇÃO DECORRENTE DA CONTINUIDADE – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – RECURSO IMPROVIDO COM A REDUÇÃO, DE OFÍCIO, DA FRAÇÃO DE EXASPERAÇÃO DECORRENTE DO CONCURSO FORMAL. I.* ***Incabível falar em nulidade da decisão por violação ao artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, quando o magistrado prolator, mesmo que de forma sucinta, apontou satisfatoriamente os motivos de sua convicção, haja vista que, conforme precedentes dos Tribunais Pátrios, não se deve confundir a fundamentação concisa com a ausência desta****. (...)."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0000777-15.2015.8.12.0045, Sidrolândia, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Zaloar Murat Martins de Souza, j: 21/02/2020, p: 28/02/2020). (G.n.)
>
> *"APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT DA LEI 11.343/06) –* ***PRELIMINAR – NULIDADE DA SENTENÇA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – REJEITADA*** *– PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE – TESE DESCONTEXTUALIZADA EM RELAÇÃO AO CONJUNTO PROBATÓRIO – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL – DESCABIMENTO – NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA COM FUNDAMENTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 (TRÁFICO*

1 ARE 1072142 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 06/03/2020, Processo Eletrônico DJe-069 Divulg 23-03-2020, Public 24-03-2020.

PRIVILEGIADO) – DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS – RECURSO DESPROVIDO. ***Rejeita-se a preliminar de nulidade da sentença por ausência de fundamentação, quando o sentenciante demonstrou de forma clara os elementos que motivaram o seu convencimento. Se a sentença analisou atentamente as provas dos autos, fundamentando a dosimetria da pena, não há falar em nulidade por ausência de fundamentação. Registre-se, ainda, que a fundamentação não impediu o recorrente de apresentar sua irresignação, pois ele se insurgiu contra os fundamentos constantes no decisum****. (...).*** *"* (TJMS. Apelação Criminal n. 0000713-05.2018.8.12.0011, Coxim, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. José Ale Ahmad Netto, j: 29/01/2020, p: 02/02/2020). (G.n.)

Portanto, a sentença encontra-se suficientemente fundamentada, não subsistindo o pedido de nulidade.

No que concerne à preliminar de nulidade das provas, consta nos autos que, durante a prisão em flagrante por tráfico de drogas, os policiais militares e Investigadores de Polícia vistoriaram os aparelhos de telefone celular do apelante Gabriel e dos corréus Monise, Bernardo e Vinicius e constataram que participavam de grupos de *WhatsApp* e trocavam mensagens a respeito de substância entorpecente LSD, com os nomes de "doce" "pac man" e "bike", oferecida por Gabriel, pelo valor de R$ 30,00 (trinta reais) a unidade (f. 34-48).

No relatório de investigação elaborado pelo Investigador de Polícia Thiago Amaral Abrahão foram apresentadas as listagens dos telefones celulares e descritas as conversas e fotografias de entorpecente nos grupos de *WhatsApp* entre o apelante Gabriel e os corréus Monise, Bernardo e Vinicius (f. 74-83), posteriormente confirmadas em laudo pericial - exame pericial de equipamento computacional portátil (f. 123-161).

De antemão, é de salutar relevância consignar que o fato de os policiais militares e civis, no momento do flagrante, terem constatado troca de mensagens nos celulares apreendidos, como forma de coletar elementos relevantes para o esclarecimento da prática delituosa não concentra qualquer tipo de irregularidade**.**

Conforme disposições contidas no art. 6º, do Código de Processo Penal, tem-se que é permitida a apreensão de qualquer objeto que tenha relação com o fato delituoso, bem como a colheita de todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e de suas circunstâncias, sendo, inclusive, dever dos funcionários responsáveis pela investigação proceder à coleta de todo e qualquer material probatório apto em comprovar a prática da infração penal.

Ao observarem a troca de mensagens e envio de fotografias a respeito de entorpecentes entre os celulares dos réus, os investigadores simplesmente cumpriram uma das suas prerrogativas funcionais, consoante redação do art. 6º, do CPP, haja vista que devem buscar todos os elementos de informação hábeis a esclarecer o delito praticado, sejam eles meios direitos ou indiretos de prova.

Nessa esteira, a atuação dos policiais, no contexto fático, revela-se perfeitamente legal e razoável, uma vez que a identificação dos números dos telefones apreendidos e a confrontação com as mensagens trocadas em grupos de rede social durante a abordagem, tornaram possível a demonstração da relevância dos aparelhos celulares para a elucidação do fato delituoso, indicando, por conseguinte, qual a linha investigatória a ser adotada para obtenção de êxito na apuração da autoria e materialidade do delito em questão.

Desse modo, verifica-se que não há ilegalidade no procedimento realizado pelos policiais, porquanto a conduta consistente em observar mensagens trocadas de um celular para o outro, de modo a estabelecer correspondência entre os números extraídos das conversas de rede social é prerrogativa expressamente permitida pelo Código de Processo Penal e, além disso, torna-se perfeitamente razoável, na medida em que ofereceu elementos capazes de elucidar os aspectos que envolveram a prática criminosa.

Quanto ao argumento de ausência de autorização judicial para obtenção das informações nos aparelhos de telefone celular, também não merece acolhida, visto que consta nas declarações das testemunhas policiais e do próprio apelante Gabriel, na audiência de custódia, que o acesso foi autorizado pelos respectivos proprietários (f. 09-10, 12-13, 187, 334).

Em análise detida aos autos, verifica-se que os celulares analisados pelos policiais, que estavam em poder dos réus Gabriel, Monise, Vinicius e Bernardo foram submetidos à perícia, a fim de que fossem colhidos dados relevantes para a investigação.

O laudo pericial, acostado às f. 123-161, após minuciosa análise dos dados contidos nos aparelhos celulares, constatou a existência de mensagens de grupos de *WhatsApp* trocadas entre os celulares de Monise e Vinicius com o apelante Gabriel, a respeito do fornecimento de entorpecente LSD, além de fotografia do recebimento deste, via correspondência, corroborando o indicativo de que o apelante comercializava drogas.

Portanto, tratando-se a hipótese em tela de simples acesso aos dados constantes dos celulares, que mantinham relação com a ocorrência investigada, não há que se falar em violação ao sigilo telefônico e imprescindibilidade de autorização judicial, pelo que reputo não haver qualquer ilicitude na prova pericial acostada aos autos, até porque, a sentença não se baseou exclusivamente nela, mas em todo o conjunto probatório para condenar o apelante.

Sobre o tema, veja-se o entendimento jurisprudencial:

> *"PENAL – TENTATIVA DE ESTELIONATO – ART. 171 C/C ART. 14, II DO CP – ALEGAÇÃO DE TORTURA NA ESFERA POLICIAL – VIOLAÇÃO DE SIGILO TELEFÔNICO – INOCORRÊNCIA – MATERIALIDADE E AUTORIA – DOLO – VANTAGEM ILÍCITA NÃO OBTIDA POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS À VONTADE DOS AGENTES – QUADRILHA OU BANDO – ART. 288 DO CP – CARACTERIZAÇÃO. (...)* ***2. A simples verificação dos números das últimas chamadas feitas e recebidas constantes na memória do telefone celular não significa, por si só, violação ao sigilo telefônico desde que a apreensão do aparelho seja legítima. A garantia constitucional da inviolabilidade das comunicações telefônicas se refere à vedação de escutas clandestinas, a qual não se configura com a simples checagem dos últimos números registrados na memória do aparelho,*** *ainda que esta seja realizada por outra pessoa que não o proprietário. (...) 7. Apelações improvidas."* (TRF 4ª Região. Sétima Turma. ACR 200204010291231. Relator Des. Fábio Bittencourt da Rosa, DJ 21/05/2003) (grifo nosso).

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRELIMINAR DE NULIDADE DA TRANSCRIÇÃO DE MENSAGENS ELETRÔNICAS CONSTANTES DO TELEFONE CELULAR DO RÉU.* ***As transcrições realizadas não violam o direito constitucional (art. 5º, XII), pois não foram obtidas de forma ilícita. Os policiais não se anteciparam à ação do réu e investigaram sua correspondência sem seu conhecimento. Na verdade, o réu já havia lido os torpedos e oportunizou seu manuseio pelos policiais que realizaram o flagrante, já que não os deletou. No caso dos autos, portanto, não houve quebra do sigilo de correspondência, pois essa já não era mais sigilosa, tendo sido aberta e mantida incólume por seu destinatário, o qual a deixou à mão da autoridade investigativa que realizou o flagrante.*** *O réu estava praticando um delito e, como é curial, os objetos ligados ao crime são passíveis de apreensão e perícia técnica correspondente.* ***Não há que se falar, portanto, que os dados contidos no celular apreendido estejam acobertados pela garantia do sigilo e da reserva jurisdicional.*** *Tal conduta retarda as investigações e vai contra o princípio da oportunidade existente na atividade policial. Assim, respostas que poderiam ser dadas rapidamente por parte de uma delegacia que investiga determinado crime, ficam prejudicadas aguardando por uma ordem judicial não necessária."* (TJ-RS, Apelação Criminal nº 0011947-59.2009.4.03.6000/MS, Rel. Des. Henrique Herkenhoff, j. em 31/8/2010 (grifo nosso).

Por tais razões, rejeito as preliminares arguidas.

Tendo sido superadas as questões postas como preliminares, passo ao exame do mérito.

Do mérito.

No mérito, o apelante Gabriel pede a absolvição do tráfico de drogas, por ausência de provas da mercancia, já que tudo não passava de uma brincadeira entre adolescentes, e da associação para o tráfico, por inexistência de provas da associação permanente e estável.

Alternativamente, pede o reconhecimento da minorante do privilégio, bem como a redução da pena de multa, por estar exacerbada, não possuindo condição financeira de arcar com seu pagamento (f. 508-531).

Pois bem.

No que concerne ao tráfico de drogas, a autoria e a materialidade do fato delituoso estão demonstradas por todo o conjunto probatório, especialmente no laudo preliminar de constatação - maconha e LSD (f. 32-33), mensagens de *WhatsApp* (f. 34-38), auto de apreensão (f. 61-63), relatório de investigação (f. 74-83), laudos toxicológicos (f. 94-99, 116-121), laudo pericial – exame pericial de equipamento computacional portátil (f. 123-161), bem como nas declarações das testemunhas policiais Fábio, Rander, Wendel (f. 09-10, 12-13, 14, 280, 315, 334), delações extrajudiciais de Monise e Vinicius (f. 16-17, 22-23) e delação judicial de Bernardo (f. 280).

Restou demonstrado nos autos que, no dia 04/03/16, na Comarca de Paranaíba, após receberem denúncia anônima de que o ora apelante Gabriel estava utilizando das redes sociais para comercializar drogas, inclusive sendo auxiliado por Monise, que era secretária em uma clínica de fisioterapia, os policiais militares se dirigiram até este local e conversaram com a mesma, oportunidade em que ela, de pronto, apresentou seu celular e mostrou as conversas de *WhatsApp* em que Gabriel oferecia droga sintética para ela, LSD, utilizando os termos "pac man" e "bike".

Monise confirmou, ainda, que havia repassado a informação para seus contatos pessoais, dizendo que se alguém quisesse, tinha que avisar o Gabriel para segurar, esclarecendo que havia conhecido o mesmo havia cerca de uma semana, através de seu namorado, que também era *DJ*. Informou que Gabriel estava organizando uma festa em uma chácara, bem como o local de seu trabalho.

Em seguida, os policiais localizaram o ora apelante Gabriel deixando seu local de trabalho, e, ao ser indagado a respeito dos diálogos com Monise sobre a venda de drogas e o valor de R$ 30,00 (trinta reais) a unidade, ele declarou que não estava com a droga, pois havia entregado para os corréus Vinicius e Bernardo para armazenamento na residência deles, inclusive 500 gramas de maconha.

Solicitado o telefone celular do apelante Gabriel, ele prontamente o entregou, constatando-se que realmente enviou as mensagens em grupos de *WhatsApp* oferecendo droga sintética, utilizando os termos "doce", "pac man" e "bike", inclusive a fotografia de uma correspondência com o recebimento da mesma, a qual mostrava o endereço de sua residência.

Em seguida, os policiais se dirigiram à residência (república) de Vinicius e Bernardo, os quais afirmaram que eram apenas usuários de drogas e, que, na véspera dos fatos, haviam adquirido LSD de Gabriel. Vinicius, ainda, confirmou que Gabriel fez divulgação de venda de drogas através de grupos do *WhatsApp*. Após revista no imóvel, os policiais conseguiram localizar diversos objetos utilizados para consumo de drogas, bem como porções de maconha (05 gramas), 09 sementes de maconha (0,10 grama), haxixe (0,10 gramas), 04 papéis de LSD (0,4 gramas) (f. 61-62).

Apesar do apelante Gabriel negar a traficância, afirmando ser mero usuário de maconha, confirmou que enviou as mensagens para Monise que estavam no *WhatsApp* e que postou fotografia de uma correspondência nesta rede social; negou que enviou mensagem negociando droga com Vinicius, falou "brincando", porque sabia quem tinha LSD para vender; quanto à maconha, confirmou ter postado que tinha, mas não era verdade e estava "fazendo graça"; confirmou, ainda, que disse aos policiais que guardou 500 gramas de maconha na casa dos corréus Vinicius e Bernardo, mas não era verdade; procedia que ele e outros *DJ's* fariam uma festa em uma chácara, mas não divulgou a intenção de vender a droga no evento; sabe que Vinicius é traficante; por fim, declarou que as mensagens que constam em seu *WhatsApp* foram enviadas por brincadeira (f. 25-26).

Em juízo, o apelante praticamente manteve esta versão (f. 280).

Contudo, em juízo, o corréu Bernardo confirmou a delação extrajudicial no sentido de que ele e Vinicius eram usuários de drogas e compravam droga com Gabriel, bem como sabia que Gabriel era traficante (f. 280).

Os corréus Monise e Bernardo não foram ouvidos em juízo, para confirmar as delações extrajudicias (f. 16-17 e 22-23), visto que os autos foram desmembrados quanto aos mesmos (f. 280).

Ademais, as testemunhas policiais também confirmaram a ocorrência no sentido de que receberam denúncia anônima de que o apelante estava utilizando a rede social para vender droga sintética (LSD), inclusive, divulgando o preço, contando com o auxílio de Monise. Foram até os investigados e constataram as trocas de mensagens entre eles em grupo de *WhatsApp*, bem como com os corréus Bernardo e Vinicius, sendo que na residência destes foram apreendidos diversos objetos utilizados em consumo de drogas, além de porções de maconha e LSD (f. 280, 315, 334).

Corroborando, ainda, as declarações das testemunhas policiais, estão os extratos de mensagens de *WhatsApp* (f. 34-48), constando seu nome registrado logo acima de várias mensagens "Gabriel Arazin" (f. 34-38), relatório de investigação (f. 74-83) e laudo pericial - exame pericial de equipamento computacional portátil (f. 123-161), evidenciando que o apelante Gabriel oferecia e comercializava entorpecente LSD, com os nomes de "doce" "pac man" e "bike", pelo valor de R$ 30,00 (trinta reais) a unidade, em grupos de *WhatsApp*, dentre os quais, participavam os corréus Monise, Bernardo e Vinicius.

A respeito, bem fundamentou o d. magistrado na sentença (f. 484-485):

> *"(...)*
>
> *Tanto os depoimentos policiais bem como os prestados pelas demais testemunhas, em juízo, apontam para o fato de que Gabriel adquiria as referidas substâncias entorpecentes via internet, as quais chegavam até ele por correio, conforme mensagem enviada à co-ré Monise afirmando que os 'doce' haviam chegado e foto do envelope recebido enviado pelo próprio acusado a terceiros às folhas 39 e 40, além de outro anexo fotográfico também encaminhado à Monise, via aplicativo de mensagem, onde vê-se claramente a droga descrita como 'bike' sobre um livro (f. 36).* ***As inúmeras e reiteradas mensagens enviadas pelo acusado Gabriel tanto em particular quanto em grupos de conversa (todas pelo aplicativo WhatsApp) oferecendo as substâncias alucinógenas*** *(Anexo de Inquérito Policial às folhas 34/52 e Laudo Pericial às folhas 123/161),* ***o réu chega a dizer em mensagem à Monise, 'Nem fiz compromisso. Com doce. Pq tipo e Mt gente querendo', quando foi dito pela co-ré que ela própria verificaria com a 'turma' quem iria querer a droga e, posteriormente, 'passaria' a Gabriel quantos 'doce' ele deveria deixar guardado, conforme consta na imagem da conversa via WhatsApp às folhas 35. Evidenciou-se ainda, que Gabriel também fornecia drogas aos co-réus Vinícius e Bernardo,*** *este último afirmou em seu depoimento prestado perante autoridade judicial (f. 281) que tanto ele quanto Vinicius sabiam que Gabriel 'tinha os contatos' e que fornecia LSD além de saber que o réu era de fato traficante, que foi ele quem havia vendido e entregue a droga LSD encontrada em sua casa (Auto de Apreensão, f. 61-63) para eles e ainda que* ***era o responsável pela organização de uma festa, e que por virtude desta havia em grupo de WhatsApp onde ele fazia a venda desses entorpecentes. Festa essa que, conforme demais mensagens juntadas nos autos, estava sendo organizada também por Gabriel, e que lá haveria a venda de drogas. Gabriel ainda oferece as referidas substâncias, ora tratadas por 'bike' ora por 'pac-man' ora por 'doce', dizendo qual ainda possuía para vender, tratando de valores de cada um.***
>
> *A conversa do aplicativo anexada à folha 34 também acresce o conjunto probatório, dado que prova tanto a organização da referida festa por parte de Gabriel assim como o tráfico do entorpecente doce,* ***ao afirmar para Monise: 'Vou passar 2 pro xt já. 2 que ta cmg é dele' ao ser indagado se Ricardo também tomaria 'doce' e se o preço era '30'.***
>
> *Para um terceiro de nome no aplicativo WhatsApp 'Angelo Normandia'* ***o autor Gabriel escreve o seguinte 'Ce vai no role ne. Se tiver sem grana eu seguro. Se compra um doce meu e já era. Kkkkkk. Morre a fita'.*** *Para uma pessoa de nome salvo como 'Lucas Macedo'* ***Gabriel diz 'Ah mano tem que vê sábado. Vendeu o estoque de pac. Vendeu tudo. Aquele era massa né. Esse nem sei'. Quando foi perguntado se teria 'doce' para vender.***
>
> *(...)."* (G.n.)

Apesar de não ter sido apreendido entorpecente com o apelante, mas sim com os corréus Vinicius e Bernardo, que afirmaram terem adquirido LSD dele na véspera dos fatos, tendo este último sido considerado como usuário pelo magistrado na sentença, está evidente que o apelante vinha, há cerca de um mês, comercializando drogas via grupos de *WhatsApp* (conforme se extrai das conversas datadas de 01/02/16 - f. 76-77).

Ademais, não prospera a tese de que tudo não passou de uma "brincadeira" do apelante, pois foram apreendidos 04 papéis de LSD na residência dos corréus Vinicius e Bernardo, que segundo o primeiro, seria o restante de 12 papéis que havia adquirido na véspera pelo valor de R$ 125,00 (cento e vinte e cinco reais) de Gabriel (f. 22-23), cuja delação extrajudicial, tanto dele, quanto de Monise (f. 16-17), restaram corroboradas em juízo por todo o conjunto probatório.

Portanto, diante do forte conjunto probatório a demonstrar que o apelante praticou o crime de tráfico de drogas, deve ser mantida a condenação.

Nesse sentido já decidiu este Sodalício:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES – ABSOLVIÇÃO AFASTADA – NEGATIVA DO RÉU ISOLADA – CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA DEMONSTRAR A AUTORIA E MATERIALIDADE – (...)– APELO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *I –* ***Impossível a decretação da absolvição quando a demonstração da autoria e da materialidade do crime decorrem de elementos probatórios suficientes colhidos nas fases judicial e policial****."* (Primeira Turma Criminal - Apelação Criminal n. 2010.028359-5- Rel. Juiz Francisco Gerardo de Sousa - J. 22.2.2011). (G.n.)
>
> *"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – (...)– PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS SEGURAS E COESAS – (...) – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *(...)* ***se as provas são seguras e coesas quanto à autoria e materialidade do fato increpado na denúncia, não há como deferir a pretensão absolutória****."* (Primeira Turma Criminal - Apelação Criminal n. 2010.020656-2- Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia - J. 21.2.2011). (G.n.)
>
> *"APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRELIMINAR DE NULIDADE – AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHA – PRESCINDIBILIDADE – NULIDADE RELATIVA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO ABSOLVIÇÃO – REJEITADA. (...)* ***inviável falar em absolvição, se as provas dos autos formam um conjunto probatório robusto demonstrando ser o réu proprietário da droga apreendida.*** *(...)."* (Primeira Turma Criminal - Apelação Criminal n. 2010.009144-2- Rel. Des. João Carlos Brandes Garcia - J. 21.2.2011). (G.n.)

Por outro lado, entendo que o apelante deve ser absolvido do crime de associação para o tráfico.

Como se sabe, a norma penal incriminadora prevista no art. 35 da Lei n.º 11.343/2006 trata do crime de associação. Segundo o mencionado dispositivo legal, o tipo penal configurar-se-á quando duas ou mais pessoas se associarem para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34, ambos da legislação de entorpecentes.

Sobre o delito em exame, é de todo oportuno destacar a lição de Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalhos que, citando Vicente Greco Filho, estabelecem que:

> *"Poder-se-ia entender que também configuraria o crime simples concurso de agentes, porque bastaria o entendimento de duas pessoas para a prática de uma conduta punível, prevista naqueles artigos, para a incidência no delito agora comentado, em virtude da cláusula 'reiteradamente ou não'.* ***Parece-nos, todavia, que não será toda a vez que ocorrer***

concurso que ficará caracterizado o crime em tela. *Haverá necessidade de um animus associativo, isto é, um ajuste prévio no sentido da formação de um vínculo associativo, de fato, uma verdadeira societas sceleri, em que a vontade de associar seja separada da vontade necessária à prática do crime visado.* ***Excluído, pois, está o crime, no caso de convergência ocasional de vontades para a prática de determinado delito, que estabeleceria a coautoria.****"* (Destaquei).

Com efeito, é de salutar importância ressaltar que para a configuração desse tipo penal, é imprescindível o dolo de associar-se com estabilidade e permanência, não bastando, pois, a mera reunião estabelecida de forma eventual.

A propósito, nesse sentido, é de todo oportuno trazer à baila o magistério de Renato Marcão, que sobre o tema, delibera o seguinte:

> *"(...) não basta, não é suficiente, portanto, para a configuração do tipo penal previsto no art. 35, a existência do simples dolo de agir conjuntamente, em concurso, na prática de um ou mais crime. É imprescindível a verificação de um dolo distinto, específico: o dolo de associar-se de forma estável."*

A esse respeito, destaco, também, os seguintes julgados:

> *"HABEAS CORPUS – PACIENTE CONDENADO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006 – RECONHECIMENTO PELA CORTE ESTADUAL DE QUE TERIA HAVIDO ASSOCIAÇÃO EVENTUAL – NECESSIDADE DE ESTABILIDADE OU PERMANÊNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE. TRANCAMENTO. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.*
>
> *1. Diante da expressão 'reiteradamente ou não', contida no caput do artigo 35 da Lei 11.343/2006, há que se perquirir se para a configuração do delito de associação para o tráfico basta a convergência ocasional de vontades ou a eventual colaboração entre pessoas para a prática delituosa, ou se é necessário, tal como no crime de quadrilha ou bando previsto no Código Penal, que a reunião se dê de forma estável.*
>
> *2.* ***Para a caracterização do crime de associação para o tráfico, é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei 11.343/2006****. Doutrina. Precedentes.*
>
> *3. O Tribunal a quo, tendo reconhecido que a reunião do paciente e os demais corréus teria sido eventual, a admitiu como apta a configurar o delito de associação para o tráfico, o que contraria a interpretação majoritária que tem sido conferida ao tipo do artigo 35 da Lei de Drogas.*
>
> *4.* ***Não havendo qualquer registro, quer na denúncia, na sentença condenatória, ou no aresto objurgado, de que a associação do paciente com os demais sete corréus teria alguma estabilidade ou caráter permanente, não há que se falar no delito de associação para o tráfico, estando-se diante de mero concurso de pessoas.*** *(HC 208886/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 08/11/2011, DJe 01/12/2011)."* (Destaquei).
>
> *"PENAL E PROCESSUAL PENAL – RECURSO ESPECIAL – ART. 35, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006 – CONFIGURAÇÃO – ANIMUS ASSOCIATIVO ESTÁVEL E DURADOURO PARA A PRÁTICA DOS DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 33 E 34 DA LEI Nº 11.343/2006 – CRIME AUTÔNOMO E QUE PRESCINDE DA PRÁTICA EFETIVA DOS DELITOS QUE MOTIVARAM A ASSOCIAÇÃO – ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS PARA A CONDENAÇÃO – INOCORRÊNCIA – NATUREZA DO DELITO NÃO HEDIONDA – REGIME PRISIONAL – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS – ABERTO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL – ART. 44 DA LEI Nº 11.343/2006.*

> *I – O tipo previsto no artigo art. 35 da Lei nº 11.343/2006 se configura quando duas ou mais pessoas reunirem-se com a finalidade de praticar os crimes previstos nos art. 33 e 34 da norma referenciada.* ***Indispensável, portanto, para a comprovação da materialidade, o animus associativo de forma estável e duradoura com a finalidade de cometer os crimes referenciados no tipo****. (...).”* (REsp 1113728/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 29/09/2009, DJe 19/10/2009). (G.n.)

No caso, constata-se que o Magistrado de origem entendeu que o apelante Gabriel se uniu à corré Monise (cuja ação penal foi desmembrada) para a traficância. No entanto, não há provas de que estavam associados de forma permanente e estável para a traficância.

Na fase policial, Monise declarou que conheceu Gabriel “semana passada” através de seu namorado, o qual lhe forneceu LSD para consumir, pelo valor de R$ 25,00 (vinte e cinco reais) e que depois ele criou um grupo de *WhatsApp* a fim de divulgar uma festa, postando foto de um pacote que recebeu pelo correio, com nome dele, dizendo que havia recebido o “doce”. No contato privado, perguntou do “doce” para ele e ele tirou uma foto de uma cartela de LSD e lhe enviou, dizendo que custava R$ 30,00 (trinta reais) cada. Por fim, afirmou que ela também divulgou a foto do pacote e da cartela da droga para um amigo que perguntou se Gabriel ainda tinha do “pac man” e ele disse que ainda tinha, esclarecendo que sua intenção era comprar mais droga dele para consumo pessoal (f. 16-17).

Ademais, consta no relatório de investigação que as conversas de *WhatsApp* entre o apelante e Monise a respeito da droga datam de dois dias antes dos fatos (02, 03 e 04/03/16 - f. 74-75).

Em juízo, nenhuma outra prova foi produzida a fim de demonstrar a ligação permanente entre o apelante e os corréus, muito menos com Monise.

Desta forma, analisando o conjunto probatório, entendo que não há provas de que o apelante estivesse unido à corré Monise, com o firme propósito de praticar reiteradamente o crime de tráfico de drogas, de forma duradoura e permanente, havendo provas tão somente da associação eventual.

Sobre o tema, explica Guilherme de Souza Nucci[2]:

> *“Exige-se elemento subjetivo do tipo específico, consistente no ânimo de associação, de caráter duradouro e estável. Do contrário, seria um mero concurso de agentes para a prática do crime de tráfico. Para a configuração do delito do art. 35 (antigo 14 da Lei 6.368/76) é fundamental que os sujeitos se reúnam com o propósito de manter uma meta comum.”*

Nesse sentido:

> *“****Simples concurso de agentes não configura o delito de associação. É indispensável o animus associativo, a comprovação da existência de vinculação duradoura, com caráter permanente.*** *(STF, HC 75.309-4-SP, 1ª T., j. 2-9-1997, rel. Min. Sepúlveda Pertence).*
>
> ***A atuação das rés em societas sceleris, realizando, de forma estável e permanente, um programa deliquencial e praticando crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, especialmente da droga denominada cocaína, dá ensejo à condenação pelo delito tipificado no art. 14 da Lei 6368/76.*** *(TJMG, Ap. 1.0324.03.016270-9, rel. Paulo Cezar Dias, 23.11.2004, DJ 25.02.2005).*
>
> ***Se a presença de dois ou mais parceiros for meramente casual, ocasional, sem liames de vinculação mais profunda e definida, em termos de empreitada preestabelecida, haverá somente a circunstância de simples co-autoria.”*** (TJSP, ApCrim. 181.308-3, 2ª Câm. Crim. j. 8/03/95, Rel. Des. Silva Pinto). (G.n.)

2 **Leis penais e processuais penais comentadas**. RT: 2006. p. 784.

De toda forma, incabível a aplicação da minorante do privilégio, pois o apelante não preenche os requisitos legais, já que apesar de ser primário e não registrar antecedentes (f. 176-177, 357, 474), se dedicava às atividades criminosas, visto que vinha, há cerca de um mês, comercializando drogas via grupos de *WhatsApp* (conforme se extrai das conversas datadas de 01/02/16 - f. 76-77 – além das demais mensagens anexadas às f. 34-48, 74-83 e laudo de f. 123-161).

Nesse sentido já decidiu o STJ:

> *"(...) as instâncias de origem, com base no acervo fático-probatório carreado aos autos constataram que não foram atendidas as diretrizes previstas para o reconhecimento do privilégio uma vez que ficou evidenciado que o* ***paciente é pessoa dedicada ao exercício do tráfico como atividade criminosa, tendo, inclusive, confessado a prática delitiva por pelo menos um mês.*** *(...). Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 433.597/RR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 03/05/2018, DJe 08/05/2018).*
>
> *(...) na espécie, infere-se que o Tribunal de origem conferiu legalidade ao não reconhecimento do privilégio, ao fundamentar que a atividade da paciente não se esgotou no ato em que foi flagrada, destacando que,* ***apesar da apreensão de pequena quantidade de droga, a própria acusada confessou a dedicação ao tráfico há cerca de dois meses e o policial que participou do flagrante declarou que existem várias denúncias dando conta do envolvimento da ora paciente no comércio ilícito na localidade.*** *(...). Habeas corpus não conhecido. (HC 401.704/ES, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017).*
>
> *(...)* ***esta Corte Superior tem decidido que a quantidade, a variedade e a nocividade da droga, bem como as circunstâncias nas quais foi apreendida, são elementos que evidenciam a dedicação do réu à atividade criminosa e, em decorrência, podem embasar o não reconhecimento da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Precedentes.***
>
> *Hipótese em que* ***o Tribunal de origem conferiu legalidade à manutenção do não reconhecimento do privilégio, ao fundamentar que a quantidade, a variedade e a nocividade dos entorpecentes apreendidos (15,13 gramas de cocaína e 26,23 gramas de crack), aliadas às circunstâncias em que o delito ocorreu, permitem concluir que o acusado dedica-se a atividade criminosas.*** *(...)."* (*HC* 362.266/RS, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/09/2016, DJe 23/09/2016). (G.n.)

Por fim, com relação ao pedido de redução da pena de multa do tráfico de drogas, percebe-se que foi fixado no mínimo legal (1/30), em observância ao disposto no art. 43 da Lei n.º 11.343/06. Já a quantidade final de dias-multa (500) foi fixada no mínimo legal, assim como a pena reclusiva do tráfico de drogas (05 anos de reclusão). Assim, não há reparo a ser feito.

Nesse sentido, entende o STJ:

> *"A aplicação da pena de multa orienta-se pelo critério de proporcionalidade com a pena reclusiva, tendo o seu valor definido observando-se duas etapas distintas, quais sejam, a fixação da quantidade de dias-multa, com base nas circunstâncias do art. 59, do Código Penal, e o valor atribuído a cada qual, de acordo com a capacidade econômica do réu."* (STJ, *HC* 224881/MS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 24/05/2012).

Nova dosimetria da pena:

Remanescendo a condenação pelo tráfico de drogas, torno a pena definitiva em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, mantido o regime prisional semiaberto.

Conclusão.

Diante do exposto, com o parecer, dou parcial provimento ao recurso somente para absolver o apelante Gabriel do crime de associação para o tráfico.

Torno a pena de Gabriel definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, mantido o regime prisional semiaberto.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram Parcialmente Unânime. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. José Ale Ahmad Netto e Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Campo Grande, 16 de junho de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques
Apelação Criminal nº 0005305-67.2015.8.12.0021 – Três Lagoas

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FALSO TESTEMUNHO – DOIS RECORRENTES – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE DA COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL (ART. 22 DO CP) – NÃO DEMONSTRADA NOS AUTOS – CONDENAÇÃO MANTIDA – PEDIDO DE REDUÇÃO DA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – FIXAÇÃO EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS NA SENTENÇA – CABÍVEL REDUÇÃO – RAZOABILIDADE E CONDIÇÃO ECONÔMICA DA ACUSADA – REGIME PRISIONAL MAIS BRANDO – REINCIDENTE – SEMIABERTO MANTIDO – PARCIALMENTE PROVIDO.

Se a tese da coação moral irresistível não restou provada pela defesa, não há como reconhecer tal excludente da culpabilidade (art. 156, CPP).

A fixação do regime prisional inicial deve estar em harmonia ao que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do CP. Na situação concreta, a condição de réu reincidente exige a manutenção do regime semiaberto, coadunando-se com a finalidade de prevenção e repressão ao cometimento de ilícitos penais, para que seja atingida a finalidade da pena.

Na fixação da prestação pecuniária substitutiva da pena privativa de liberdade deve ser observada a proporcionalidade necessária e suficiente para a reprovação do crime, levando em consideração as circunstâncias do fato delituoso e a condição econômica do acusado. Sendo a ré lavadeira, representada no processo pela Defensoria Pública e não havendo fundamentação do juiz para fixação da prestação pecuniária em dois salários-mínimos, deve ser reduzida ao mínimo legal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Proveram parcialmente unânime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 16 de junho de 2020.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de Apelação interposta por Maria de Lourdes Pina e Mairo Pina Moura, inconformados com a decisão exarada pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas-MS que condenou a primeira à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 12 dias-multa, em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos; e o segundo à pena de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 16 dias-multa, em regime inicial semiaberto, ambos como incursos no art. 342, § 1º, do Código Penal.

Nas razões recursais às f. 91-99 a defesa pede a exclusão da culpabilidade, pelo reconhecimento da prática delitiva sob coação moral irresistível; redução do valor da prestação pecuniária imposta à ré Maria de Lourdes e fixação do regime inicial aberto ao réu Mairo. Apresenta prequestionamento.

Contrarrazões às f. 103-109.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo provimento parcial do apelo (f. 118-125).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de Apelação interposta por Maria de Lourdes Pina e Mairo Pina Moura, qualificados nos autos, inconformados com a decisão exarada pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Três Lagoas-MS que condenou a primeira à pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 12 dias-multa, em regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos; e o segundo à pena de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão e 16 dias-multa, em regime inicial semiaberto, ambos como incursos no art. 342, § 1º, do Código Penal.

Nas razões recursais às f. 91-99 a defesa pede a exclusão da culpabilidade, pelo reconhecimento da prática delitiva sob coação moral irresistível; redução do valor da prestação pecuniária imposta à ré Maria de Lourdes e fixação do regime inicial aberto ao réu Mairo.

Passo à análise.

Segundo a denúncia:

> *"(...) no dia 11 de dezembro de 2013, por volta às 14h30min, na sala de audiência do Edifício do Fórum local, situado na Praça da Justiça, 10, Centro, nesta cidade de Três Lagoas/MS, os denunciados Maria de Lourdes Pina e Mairo Pina Moura, ciente da ilicitude de suas condutas, fizeram afirmação falsa, como testemunha, em processo judicial, com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, em infração ao disposto no artigo 342, § 1º, do Código Penal Brasileiro (falso testemunho).*
>
> *No dia dos fatos, durante audiência deinstrução, os Denunciados foram arrolados como testemunhas referentes aos autos de Ação Penal nº 0005650-55.2009.8.12.0114, em trâmite perante 3ª Vara Criminal desta Comarca, versando sobre o crime de tráfico de drogas, imputado a Edinei Santos de Oliveira.*
>
> *Ocorre que, Maria e Mairo prestaram declarações falsas, divergindo dos depoimentos prestados em fase de Inquérito Policial.*
>
> *Ao ser ouvido no curso do Inquérito Policial no dia 16 de novembro de 2010, a Denunciada Maria afirmou ter comparecido à Delegacia a fim de confeccionar boletim de ocorrência versando sobre o investigado Ednei, que compareceu em sua residência cobrando seu filho Mairo, para que fosse realizado o pagamento de drogas adquiridas anteriormente. Após ter sido ameaçada por Ednei, a Denunciada relatou ter realizado o pagamento do entorpecente adquirido pelo filho, sendo ainda agredida pelo traficante.*
>
> *Neste sentido, o denunciado Mairo confirmou à autoridade policial os fatos narrados por sua genitora, relatando que Ednei compareceu em sua residência para lhe cobrar R$ 30,00 (trinta reais) referentes à droga por ele adquirida.*
>
> *Ocorre que, ao serem ouvidos em Juízo, os denunciados Maria e Mairo fizeram afirmação falsa, consistente em negar a prática do tráfico de drogas realizado por Ednei."* (f. 01-05).

Coação moral irresistível.

A defesa alega que os apelantes agiram sob o influxo de coação moral irresistível, previsto no art. 22, do Código Penal, pois alteraram as versões em juízo pela ocorrência de represálias do traficante Ednei.

Para que a coação moral irresistível esteja caracterizada são necessários cinco requisitos[1]: *"a) existência de uma ameaça de um dano grave, injusto e atual, extraordinariamente difícil de ser suportado pelo coato; b) inevitabilidade do perigo na situação concreta do coato; c) ameaça voltada diretamente contra a pessoa do coato ou contra pessoas queridas a ele ligadas; d) existência de, pelo menos, três partes envolvidas, como regra: o coator, o coato e a vítima; e) irresistibilidade da ameaça, avaliada segundo o critério do homem médio e do próprio coato, concretamente."*

Na hipótese, os réus alteraram as versões em juízo dizendo que se tratava de um dívida de um gás e não de drogas, no entanto, essas versões restaram isoladas nos autos.

A alegação de que mudaram os depoimentos porque houve represálias do traficante Ednei não encontra respaldo nos autos. Inexiste elemento seguro que aponte a ameaça de dano grave e a inevitabilidade do perigo.

Cumpre destacar ainda, que por ser causa excludente de culpabilidade e por ter sido alegada pela defesa, caberia a ela o ônus da prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido trago os julgados dos Tribunais Pátrios:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – FALSO TESTEMUNHO (ART. 342, § 1º, DO CP) – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – DEPOIMENTOS CONTRADITÓRIOS – PROVA DESTINADA A PRODUZIR EFEITO EM PROCESSO PENAL – CAUSA DE AUMENTO – CRIME FORMAL – DOSIMETRIA – COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL – SENTENÇA MANTIDA. 1. Havendo prova suficiente da materialidade e da autoria da conduta de fazer afirmação falsa perante o Estado-juiz na condição de testemunha em processo penal, com efetiva materialização de ofensa à administração da justiça, afigura-se correta a condenação do apelante pela prática do crime de falso testemunho, não cabendo absolvição por insuficiência de provas. 2. Insuficiente à caracterização da apontada coação moral irresistível a modesta alusão à sua concretização, exigindo-se real submissão do coacto a perigo sério e atual. Externado pelo acusado mero receio de perigo, não logrando fazer prova suficiente para caracterizar a imperiosidade da conduta, descabe a incidência da excludente de culpabilidade prevista no art. 22 do CP. 3. O crime de falso testemunho ostenta natureza formal e se consuma pela simples prestação de depoimento desleal, sendo irrelevante a sua influência no desfecho do julgamento. 4. Recurso conhecido e desprovido."* (TJDF; APR 2018.10.1.004241-4; Ac. 122.4348; Primeira Turma Criminal; Rel. Des. J. J. Costa Carvalho; Julg. 19/12/2019; Publ. PJe 22/01/2020).

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – FALSO TESTEMUNHO – ART. 342, § 2º, DO CP – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL – NÃO COMPROVADA – ART. 156 DO CPP* https://www.magisteronlinee.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=FifLink&t=document-frame.htm&l=jump&iid=c:Views44MagisterMgstrnetMagNet_Legis.nfo&d=CPP, art. 156&sid=19f556a2.79bb1eba.0.0 - JD_CPPart156 *– ABSOLVIÇÃO DESCABIDA – RECURSO NÃO PROVIDO – INÍCIO IMEDIATO DA EXECUÇÃO DA PENA DIANTE DA CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PELO ÓRGÃO COLEGIADO – DESNECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO – DECISÃO DO STF PELO JULGAMENTO DO ARE 964246. Conforme disciplina o art. 156 do CPP* https://www.magisteronlinee.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=FifLink&t=document-frame.htm&l=jump&iid=c:Views44MagisterMgstrnetMagNet_Legis.nfo&d=CPP, art. 156&sid=19f556a2.79bb1eba.0.0 - JD_CPPart156*, a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, de maneira que, não tendo a defesa se incumbido de comprovar minimamente as alegações do réu, não há como reconhecer a excludente de culpabilidade da coação moral irresistível com base exclusivamente na palavra do próprio acusado. Conforme determinação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE n. 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*

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 251.

julgado da aludida decisão. Voto parcialmente vencido:. A expedição de mandado de prisão e de guia de execução, após a prolação de Acórdão Condenatório por este Egrégio Tribunal de Justiça, com a finalidade de iniciar a execução da pena imposta, não fere o princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que, neste momento processual, encerrada está a possibilidade de reexame da matéria fático-probatória, encontrando-se formada a culpa do agente." (TJMG; APCR 0029537-96.2016.8.13.0372; Lagoa da Prata; Sexta Câmara Criminal; Rel. Des. Jaubert Carneiro Jaques; Julg. 02/07/2019; DJEMG 05/07/2019)

"APELAÇÃO – FALSO TESTEMUNHO – AUTORIA E MATERIALIDADE – COMPROVADAS – DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS – CONFISSÃO – CONDENAÇÃO RESPALDADA – COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL – AUSÊNCIA DE PROVAS – CAUSA EXTINTIVA DE PUNIBILIDADE – NÃO INCIDÊNCIA – MULTA E CUSTAS PROCESSUAIS – NÃO ISENÇÃO – RECURSO DESPROVIDO. Comprovada a materialidade e a respectiva autoria do crime de falso testemunho, deve ser mantida a condenação, sobretudo quando os depoimentos testemunhais, aliados à confissão da ré, demonstram que ela fez afirmação falsa como testemunha em processo judicial. A falta de provas de que a acusada estava sendo ameaçada quando praticou o crime impossibilita o acolhimento da tese de coação moral irresistível. Como a ré não se retratou nos autos em que foram prestadas as declarações falsas, é inaplicável a causa extintiva de punibilidade prevista no artigo 342, § 2º, do Código Penal. A alegada hipossuficiência da ré não tem o condão de extirpar a condenação pelo preceito secundário da norma, bem como de isentá-la do pagamento das custas processuais, até mesmo porque, além de tal condenação ser uma consequência natural da sentença penal condenatória, caso comprove a impossibilidade de quitá-las, poderá pleitear, em sede de execução penal, o seu não pagamento. Precedentes deste Tribunal." (TJES; Apl 0030192-21.2014.8.08.0035; Primeira Câmara Criminal; Rel. Des. Ney Batista Coutinho; Julg. 30/05/2018; DJES 11/06/2018).

Em conclusão, comprovadas a materialidade e autoria da prática delituosa pelos réus e inexistindo causa que exclua o crime ou a isente de pena, impõe-se a manutenção da condenação.

Redução da prestação pecuniária.

A apelante Maria de Lurdes pede a redução da prestação pecuniária estabelecida em 02 salários mínimos para o mínimo legal.

Pois bem. A prestação pecuniária é uma pena restritiva de direitos consistente no pagamento em dinheiro de importância fixada pelo juiz, não inferior a um nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos, a teor do disposto no § 1º do art. 45 do Código Penal.

Não se pode perder de vista que na fixação dessa pena restritiva de direitos deve ser observada a proporcionalidade necessária e suficiente para a reprovação do crime, levando em consideração o delito praticado e a condição econômica do acusado, à luz do princípio da razoabilidade, sendo prescindível guardar estrita relação de proporcionalidade/correspondência com a pena privativa de liberdade subjacente.

A propósito, esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"(...) SANÇÃO PECUNIÁRIA – FINS REPRESSIVOS E PREVENTIVOS – CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA – SÚMULA Nº 7 DO STJ – CRITÉRIOS DEVIDAMENTE CUMPRIDOS. 1. A revisão da conclusão adotada pelo acórdão impugnado, quanto à pena pecuniária, no sentido da adequação, suficiência e possibilidade de o réu arcar ou não com o quantum estabelecido, esbarra no óbice da Súmula n. 7/STJ. ***2. Nos termos do § 1º do artigo 45 do Código Penal, a finalidade da prestação pecuniária é reparar o dano causado pela infração penal, motivo pelo qual não precisa guardar correspondência ou ser proporcional à pena privativa de liberdade irrogada ao acusado****. 3. Hipótese em que o Tribunal a quo reduziu o quantum fixado em primeiro grau, frisando que a pena de prestação pecuniária deve ser proporcional à gravidade do delito e à extensão do prejuízo causado à vítima ou a seus dependentes, devendo ser condizente, também, com a situação econômica do condenado. 4. Agravo regimental desprovido."* (STJ; AgRg-REsp 1.707.982;

Proc. 2017/0283947-4; MG; Quinta Turma; Rel. Min. Jorge Mussi; Julg. 19/04/2018; DJE 27/04/2018). (Destaquei)

Na hipótese, a recorrente, além da outra pena restritiva fixada, restou condenada ao pagamento de prestação pecuniária de dois salários-mínimos, valor que não se revela adequado, justo e razoável, em consonância com os elementos contidos no processo.

A recorrente é lavadeira, conforme consta dos autos à f. 09 e durante todo o trâmite do processo teve sua defesa patrocinada pela Defensoria Pública Estadual, o que revela não possuir boas condições financeiras. Além disso, a magistrada não apresentou fundamentação sobre os motivos que a levaram a estabelecer a pena alternativa em tal patamar, ou seja, acima do mínimo legal, o que não pode ser admitido.

Logo, deve ser reduzida a pena pecuniária para o mínimo legal de 01 salário mínimo.

Alteração do regime prisional.

O recorrente Mairo requer a alteração para o regime aberto.

Destarte, em se tratando de sentenciado reincidente, como ocorre no presente caso, na forma da sentença, em regra o cumprimento da pena privativa de liberdade, deve ser iniciado no regime fechado, independentemente da sua quantidade, em decorrência da interpretação lógico-literal do § 2º do art. 33 do Código Penal:

> *"Art. 33. (...) § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*
>
> *a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;*
>
> *b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;*
>
> *c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto."*

Pela literalidade da norma em questão, é evidente que os regimes aberto e semiaberto destinam-se aos condenados não reincidentes. Em consequência, a regra que sendo o condenado reincidente, ainda que a sua pena privativa de liberdade não seja superior a 8 (oito) anos, o seu cumprimento dever ser iniciado no regime fechado.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, através do Verbete Sumular nº 269 consolidou o entendimento de que é possível a fixação do regime inicial semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a 4 (quatro) anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.

Antes de mais nada, cabe esclarecer que a posição adotada pelo Excelso Tribunal Superior, obviamente, baseou-se em política criminal destinada à descarcerização, de modo que sendo uma exceção à regra geral, deve ser adotada em situações excepcionais, isto é, quando não exista nenhuma circunstância judicial desfavorável ao condenado reincidente.

Consequentemente, em havendo pelo menos uma circunstância judicial desfavorável, deve prevalecer a regra geral, com a fixação do regime inicial fechado ao condenado reincidente, ainda que sua pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos. Nesse sentido é a doutrina de SCHMITT:

> *"O somatório entre reincidência e circunstância judicial desfavorável autoriza a fixação do regime fechado em condenações até 4 (quatro) anos. Basta apenas uma*

circunstância judicial desfavorável. Concorrendo com a reincidência apenas circunstâncias judiciais favoráveis ou neutras o regime ideal será o semi-aberto. Circunstâncias neutras não podem conduzir ao regime mais severo. Tal situação explicitada se revela de vital importância, pois em condenações em até 4 (quatro) anos somente a conjugação de reincidência e pelo menos uma circunstância judicial desfavorável é que poderá conduzir à imposição do regime fechado."

No presente caso, diante da reincidência, na forma do art. 33, do Código Penal, conclui-se que deve ser mantido o regime aplicado (semiaberto).

Prequestionamento.

Por fim, sobre o prequestionamento suscitado, cabe esclarecer que as matérias relativas aos dispositivos de lei prequestionados não merecem qualquer abordagem específica, pois foram suficientemente enfrentadas, de modo que não houve qualquer inobservância quanto a esses pontos.

Dispositivo.

Diante do exposto, com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para reduzir a prestação pecuniária estabelecida para a ré Maria de Lourdes para o mínimo legal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram parcialmente unânime. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. José Ale Ahmad Netto e Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Campo Grande, 16 de junho de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence
Apelação Criminal nº 0001661-02.2017.8.12.0004 – Amambai

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO FÚTIL – PRELIMINARES – LISTA DE JURADOS – ALEGADA NULIDADE PELA AUSÊNCIA DE TEMPO HÁBIL PARA ANÁLISE – NÃO OCORRÊNCIA – PUBLICAÇÃO QUE ANTECEDEU EM APROXIMADAMENTE UM MÊS À DATA DO JULGAMENTO – AUSÊNCIA DE INTÉRPRETE – INDÍGENA – NULIDADE – INEXISTÊNCIA – DOMÍNIO DA LÍNGUA PORTUGUESA PELA ACUSADA – COMPREENSÃO COMPLETA DAS PERGUNTAS E RESPOSTAS CORRESPONDENTES – DESNECESSIDADE DE TRADUTOR – MÉRITO – PRETENDIDA ANULAÇÃO DO JULGAMENTO SOB O ARGUMENTO DE QUE OS JURADOS DECIDIRAM CONTRARIAMENTE ÀS PROVAS DOS AUTOS – IMPROCEDÊNCIA – SUBSTRATO PROBATÓRIO EXISTENTE PARA ACOLHIMENTO DA TESE ACUSATÓRIA – RECURSO NÃO PROVIDO – ATENUANTE DA CONFISSÃO E AGRAVANTE DA ANCIANIDADE DA VÍTIMA – COMPENSAÇÃO *EX OFFICIO*.

Ocorrendo a publicação da lista de jurados aproximadamente um mês antes do julgamento da acusada no Tribunal do Júri, não há falar em nulidade por ausência de tempo hábil para análise dos possíveis integrantes do conselho de sentença.

Demonstrando a acusada, indígena, o adequado domínio da língua portuguesa, compreendendo e respondendo adequadamente as perguntas que lhe foram feitas, inclusive levantando em seu favor tese de legítima defesa, mostra-se prescindível a presença de tradutor, cuja ausência não eiva de nulidade o julgamento.

A decisão do Tribunal do Júri, tanto em relação aos crimes contra vida quanto aos crimes conexos, não pode ser alterada em sede de apelação, sendo cabível apenas a análise acerca da contrariedade às provas dos autos (art. 593, III, "d", do CPP), que poderá culminar na sujeição do réu a novo julgamento (§ 3º, do art. 593, do CPP).

Somente é possível a anulação da decisão dos jurados quando a tese vencedora afigura-se integralmente incompatível com as provas dos autos, afastando-se essa possibilidade quando o julgamento apenas optar por uma das teses plausíveis de acolhimento.

Olvidando-se a sentença de levar a efeito a atenuante da confissão espontânea, deve a mesma ser reformada de ofício, a fim de compensá-la com a agravante da ancianidade da vítima.

Recurso não provido, com o parecer e reforma de ofício.

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, rejeitaram as preliminares e, no mérito, negaram provimento ao apelo, bem como, de ofício, compensaram a agravante da ancianidade da vítima com a atenuante da confissão espontânea. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 14 de abril de 2020.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Marilda Benites, intermediada pela Defensoria Pública Estadual, interpõe apelação criminal (f. 226-235) com o objetivo de reformar a sentença proferida pelo Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Amambaí (f. 221-222), o qual, acolhendo a decisão condenatória proferida pelos jurados, a condenou à pena de 14 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime tipificado no art. 121, § 2º, II, do Código Penal (homicídio qualificado pelo motivo fútil).

Pugna a defesa que a sentença seja anulada, em razão da falta de publicação da lista de jurados presentes na Sessão do Tribunal do Júri (art. 433 do CPP), bem como pelo cerceamento de defesa decorrente de ausência de intérprete para auxiliar a recorrente, que é indígena. No mérito, pugna pela submissão da recorrente a novo julgamento, sob a alegação de que a decisão dos Jurados foi contrária à prova dos autos, tanto no que se refere à condenação, como no acolhimento da qualificadora.

As contrarrazões recursais (f. 240-258) e o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 277-286) vertem-se pela manutenção do *decisum*.

Caso não prevaleçam os respectivos posicionamentos, as partes e a PGJ elaboram pedido de manifestação expressa sobre a violação de dispositivos legais, para fins de prequestionamento.

Distribuição por sorteio (f. 269).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Marilda Benites, intermediada pela Defensoria Pública Estadual, interpõe Apelação Criminal (f. 226-235) com o objetivo de reformar a sentença proferida pelo Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Amambaí (f. 221-222), o qual, acolhendo a decisão condenatória proferida pelos jurados, a condenou à pena de 14 anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime tipificado no art. 121, § 2º, II, do Código Penal (homicídio qualificado pelo motivo fútil).

Narrou a acusação que:

> *"(...) no dia 03 de junho de 2017, por volta das 23 horas e 30 minutos, no interior da Aldeia Indígena Amambai, Casa n. º 266, nesta cidade a comarca, a autora dos fatos acima qualificada, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, com evidente ânimo homicida e impelida por motivo fútil, matou a vítima Dineia Vilhalva, sua tia de 74 (setenta e quatro) anos de idade, conforme Fotografias de f. 22-24 e cédula de identidade de f. 17.*
>
> *Segundo se apurou, Marilda Benites é sobrinha de Dineia Vilhalva e, nas circunstâncias supra, ambas estavam na residente da autora e haviam passado toda a tarde ingerindo grande quantidade de bebida alcoólica, do tipo pinga, oportunidade em que se desentenderam por motivos banais.*
>
> *Ato contínuo, de posse de uma arma branca tipo facão, Marilda desferiu golpes na cabeça da vítima e evadiu-se do local, tendo Dineia conseguido sair da residência e solicitar ajuda para Climaco Benites, morador da casa n. º 205 da referida Aldeia, todavia, após falar para a testemunha que a autora dos fatos era Marilda Benites, a vítima veio a óbito.*
>
> *No dia seguinte aos fatos, policiais civis receberam a informação de que a autora estaria na residência do Capitão da Aldeia, oportunidade em que se deslocaram até o local e constataram a veracidade da informação, vindo a identificarem Marilda Benites, que confessou a prática delituosa.*

O crime de homicídio foi cometido por motivo fútil, pois Marilda agiu simplesmente porque teve uma discussão com a vítima, de modo que o ensejo do delito é destituído de causa relevante, não havendo nada de substancial em suas razões.

A materialidade delitiva está evidenciada pelo Auto de Prisão em Flagrante de f. 02-11; Boletim de Ocorrência de f. 15/16; Exame Pericial em Local do Crime de f. 20-21; Fotografias de f. 22/24 e Auto de Apreensão de f. 32.

Ante o exposto, o Ministério Público Estadual denuncia Mari Lda Beni Tes como incursa nas penas do artigo 121, § 2º, inciso I I (motivo fútil) c.c. artigo 61, inciso II, alínea 'h', ambos do Código Penal, incidindo-se, no que couberem, as disposições da Lei nº 8.072/90. (...).''

A primeira fase do Tribunal do Júri se encerrou com a pronúncia da ré nos moldes da denúncia.

Submetida a julgamento pelos pares, sobreveio a condenação nos moldes alhures mencionados.

Por discordar do resultado, apenas a defesa recorreu. Pugna, em uma, que a sentença seja anulada, em razão da falta de publicação em tempo hábil da lista de jurados presentes na Sessão do Tribunal do Júri, bem como pelo cerceamento de defesa decorrente de ausência de intérprete para auxiliar a recorrente, que é indígena. No mérito, bate-se pela submissão da recorrente a novo julgamento, sob a alegação de que a decisão dos Jurados foi contrária à prova dos autos, tanto no que se refere à condenação, como no acolhimento da qualificadora.

As contrarrazões recursais (f. 240-258) e o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 277-286) vertem-se pela manutenção do *decisum*.

Caso não prevaleçam os respectivos posicionamentos, as partes e a PGJ elaboram pedido de manifestação expressa sobre a violação de dispositivos legais, para fins de prequestionamento.

Distribuição por sorteio (f. 269).

Insubsistente a insurgência.

Argumenta a defesa que a lista de jurados não foi publicada em tempo hábil para permitir à defesa uma prévia pesquisa criteriosa sobre o perfil de cada um deles, inviabilizando a análise de possíveis recusas.

Sem razão.

Isso porque, conforme bem anotado do parecer ministerial:

"(...) depreende-se do documento de f. 201 que o sorteio dos jurados havia sido realizado nos autos do Processo de nº 0001213-582019.8.12.0004.

Em consulta aos autos acima mencionado, verifica-se que o sorteio dos jurados e suplentes para comporem o corpo de sentença da reunião do tribunal do júri dos meses de junho, agosto e setembro de 2019 fora realizado em 09 de maio de 2019, na presença do Defensor Público Dr. Marcelo Marinho, da Promotora de Justiça Dra. Nara Mendes dos Santos Fernandes, bem como do Advogado Adrian Diego Silveira Pereira e do Juiz de Direito Dr. Marcus Vinicius de Oliveira Elias, , cujos mandados de intimação sessão do júri Autos 0001661-02.2017.8.12.0004, a se realizar no dia 07 de junho de 2019, foram expedidos em 15.05.2019, tendo sido publicado novo edital de convocação, para que chegasse ao conhecimento dos convocados e interessados, em 04.06.2019 e segunda cópia foi afixada na sede do Fórum local em 31 de maio de 2019 (f. 201). (...).''

Logo, ao contrário do que foi sustentado nas razões recursais, observa-se que a lista de jurados e suplentes teve a devida publicidade e era de conhecimento de todos quase um mês antes do julgamento da apelante, não havendo falar, pois, em nulidade.

Quanto ao intérprete, impende ponderar que a medida despontou desnecessária, já que, apesar da apelante ser indígena, demonstrou conhecimento suficiente da língua portuguesa, haja vista que, em plenário, asseverou não lembrar muitos detalhes do crime por estar embriagada, mas confessou ter desferido os golpes de facão na sua tia, sob a escusa, contudo, de que a vítima lhe golpeou primeiro e que a mesma nunca gostou da acusada, em razão do tio desta ter abandonado aquela. Em outras palavras, restou evidenciado que a apelante não teve dificuldades em compreender os fatos ou as indagações que lhe foram feitas, tanto que buscou se eximir de culpa pela excludente da legítima defesa.

A bem da verdade, a única pergunta que a apelante parece não ter entendido, referiu-se a acusada se sentir ou não arrependida pelo crime, ao que respondeu que "não sabe", circunstância essa que, todavia, não influencia a formação do juízo condenatório.

Desta feita, repilo as preliminares.

No mérito, a defesa se insurge contra a condenação emanada pelos jurados, sustentando estar caracterizada a legítima defesa e a inexistência do substrato probatório necessário para a caracterização da qualificadora.

Sem razão.

Na hipótese, emerge absolutamente inviável a anulação do Júri, cujas decisões, como se sabe, são soberanas por expressa disposição constitucional.

Sobre o assunto, Walfredo Cunha Campos[1] tece os seguintes comentários:

> *"A decisão coletiva dos Jurados, chamada de veredicto, não pode ser mudada em seu mérito por um tribunal formado por juízes técnicos (nem pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal), mas apenas por outro Conselho de Sentença, quando o primeiro julgamento for manifestamente contrário às provas nos autos. E assim deve ser. Júri de verdade é aquele soberano, com poder de decidir sobre o destino do réu, sem censuras técnicas dos doutos do tribunal."*

Por essa razão, segundo entende o Superior Tribunal de Justiça, *"anula-se o julgamento proferido pelo Tribunal do Júri, com fundamento no art. 593, inciso III, alínea d, nas hipóteses em que a decisão do Conselho de Sentença é arbitrária, dissociando-se completamente da prova dos autos."* (REsp 680.286/AP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 20/03/2007; REsp 809.680/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 03/10/2006)[2].

A doutrina, de sua parte, ensina que a anulação da decisão cabe quando a tese vencedora afigura-se integralmente incompatível com as provas dos autos, afastando-se essa possibilidade, no entanto, quando os Jurados optam por uma das correntes possíveis de surgir (*cf.* NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 8. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 959).

Nesse sentido, não há ensejo para reforma, pois se observa que os Jurados não decidiram contrariamente às provas dos autos, mas tão somente elegeram para os fatos a versão acusatória em detrimento da defensiva.

A propósito, na esteira do argumentado nas contrarrazões recursais:

> *"(...) conforme se denota dos depoimentos das testemunhas os policiais civis que atenderam a ocorrência, Edson Rosa da Silva e Claudinei Alves dos Santos (f. 08-11) relataram judicialmente às f. 87-88 que ao chegarem ao local a recorrida já estava detida pela liderança da Aldeia Indígena Amambaí, onde confirmou que discutiu com a vítima por motivos banais e iniciaram uma briga, oportunidade em que esta desferiu golpes contra a vítima.*

1 *in* **Tribunal do júri**: teoria e prática. São Paulo: Atlas, 2010. p. 9.

2 Destaquei

Por sua vez, a testemunha Climaco Benites, ouvida judicialmente à f. 103, confirmou que a recorrida realmente matou a vítima desferindo-lhe golpes de facão, em razão de uma discussão banal por causa de 'fritar carne', e que a própria vítima falou que Marilda Benites que foi a autora dos golpes.

(...)

Assim, a tese defensiva é totalmente descabida de respaldo jurídico, isso porque alega que o fato da sentenciada ter desferido golpes de facão contra a vítima seria por estar se defendendo da mesma, todavia, evidente que extrapola a necessidade de defesa, uma vez que restou comprovado pelo Laudo pericial que a vítima tentava se defender dos golpes, tendo sido lesionada em inúmeras partes de seu corpo. (...)."

Com efeito, não se descura que a acusada possuía uma lesão na cabeça (f. 28), porém é perfeitamente possível que tal machucado tenha sido causado pela vítima quando esta se defendia das agressões da apelante e não o contrário.

Ademais, a multiplicidade de feridas cortantes na vítima (f. 50-53), em regiões dos antebraços direito e esquerdo, além de escoriação no pulso, sugerem que era realmente ela quem estava se defendendo das investidas da apelante.

De outro lado, quanto ao motivo do crime, a própria acusada, em plenário, confirmou que a discussão se deu porque a vítima não quis trocar um dorso de frango por pinga, como se observa da mídia de audiência de f. 211-218. (04:00 a 04:10).

Não prospera, portanto, a alegação da defesa no sentido de que o reconhecimento do motivo fútil se baseou somente em confissão informal extrajudicial.

Saliente-se que, embora seja essa a pretensão da defesa, não é possível atribuir maior peso a determinadas provas em detrimento de outras, uma vez que essa atribuição, por expressa disposição constitucional, cabe exclusivamente aos Jurados.

Logo, como a decisão do Júri encontra lastro probatório no caderno processual, o julgamento não pode ser anulado.

A sentença, porém, comporta reforma de ofício na segunda fase dosimétrica, a fim de compensar a agravante da ancianidade da vítima (art. 61, II, h, do CP) com a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP), já que esta última, apesar de reconhecida, não havia sido levada a efeito de modo equivocado.

Feitas essas considerações e mantidos os demais termos da sentença, queda-se a pena definitiva em 12 anos de reclusão em regime inicial fechado.

No que tange ao prequestionamento, em consonância ao entendimento jurisprudencial sobre o tema, entendo que não está o órgão julgador compelido a refutar cada uma das teses e dispositivos legais apontados pelas partes, especialmente se resultam expressa ou implicitamente repelidos, nesta última hipótese, por incompatibilidade com os fundamentos contidos neste voto, os quais tenho por suficientes para solução da questão.

Diante do exposto, com o parecer, encaminho de rejeitar as preliminares e, no mérito, negar provimento ao apelo de Marilda Benites, bem como, de ofício, compensar a agravante da ancianidade da vítima com a atenuante da confissão espontânea, o que, após nova dosimetria, resulta na pena definitiva de 12 anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e, no mérito, negaram provimento ao apelo, bem como, de ofício, compensaram a agravante da ancianidade da vítima com a atenuante da confissão espontânea. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. José Ale Ahmad Netto.

Campo Grande, 14 de abril de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence
Habeas Corpus Criminal nº 1403813-45.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME INICIAL FECHADO – PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR HUMANITÁRIA – VIABILIDADE – REEDUCANDO IDOSO PORTADOR DE GRAVES ENFERMIDADES – EXCEPCIONALIDADE COMPROVADA – ORDEM CONCEDIDA.

O recolhimento domiciliar constitui benefício reservado aos condenados em regime aberto, por força do artigo 117 da Lei de Execução Penal. Porém, a jurisprudência admite extensão aos que estiverem cumprindo pena no fechado em situações excepcionais, em observância ao princípio da dignidade humana.

Uma vez comprovado que paciente atualmente possui 68 anos, sofre de graves doenças e faz uso de andador, é possível conceder, excepcionalmente e em atenção ao princípio da dignidade humana, o recolhimento domiciliar mediante aplicação extensiva do artigo 117, inciso III, da Lei de Execução Penal, tratando-se de benefício que vai ao encontro das finalidades específicas da Recomendação 62/2020 editada pelo Conselho Nacional de Justiça.

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. Concederam a ordem, por maioria, nos termos do voto do Relator, vencido o 2º Vogal. Com ressalvas do 1º Vogal. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 28 de abril de 2020.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Herika Cristina dos Santos Ratto, em favor de Ademir Severino Ramos, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande.

Alega em resumo que: a) o paciente, com idade de 68 anos, encontra-se custodiado em estabelecimento penal deste Estado onde já cumpriu 25 anos de reclusão e, em consequência, está próximo de cumprir o tempo máximo de pena privativa de liberdade (30 anos) permitida no Brasil; b) ainda, possui conduta ótima como interno do IPCG, não possuindo faltas ou anotações que o desabonem; c) além disso, o paciente é acometido por doenças graves, recentemente periciado por médico credenciado do TJMS, qual conclui pelas doenças de CID I25, I10 e M17, sendo respectivamente: cardiopatia (doença isquêmica crônica do coração), hipertensão e gonartrose (artrose do joelho); d) nos autos da execução, tramita Pedido de Regime Domiciliar humanitário que, ainda se aguarda providências para decisão do mérito; e) entretanto, em razão da pandemia provocada pelo COVID-19 e condição física do paciente, a defesa pediu ao Juiz de Direito de primeira instancia a concessão,

em caráter excepcional, da prisão domiciliar àquele; f) porém, o pedido foi indeferido; g) há constrangimento ilegal, pois o paciente faz jus à prisão domiciliar por razões humanitárias.

O pedido de liminar foi deferido.

A Procuradoria de Justiça opinou pela concessão da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado por Herika Cristina dos Santos Ratto, em favor de Ademir Severino Ramos, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito:

> *"Compulsando os autos, constata-se que o caso do sentenciado não comporta deferimento. Em que pese a alegação de que o sentenciado possui doença grave e é idoso, o risco social de colocá-lo em regime domiciliar é muito alto em razão das características particulares em que os crimes (três homicídios qualificados e uma lesão corporal grave) foi praticado, já que com violência real contra pessoa. Assim, imperiosa a concessão a concessão de prisão domiciliar apenas para aqueles que estão dentro do grupo de risco e que não praticaram crimes com violência real contra pessoa. Para estes, que estão condenados e se encontram cumprindo pena pela prática de crimes com maior reprovação social, ainda que se encontrem dentro do grupo de risco, deverão receber atenção dentro da unidade prisional. Além disso, visando minimizar e prevenir os efeitos de contaminação pelo novo coronavírus covid 19, seguindo orientações do CNJ, várias providências estão sendo tomadas por este Juízo no sistema Execução Penal, entre elas a colocação de presos doentes, cujos crimes não se enquadram naqueles de maior reprovação social (como homicídio, estupro, latrocínio), em regime domiciliar e tantos outros sendo progredidos de regime (os que já alcançaram o lapso temporal necessário), diminuindo, desta forma, a lotação carcerária. Por fim, o sistema prisional conta com médicos que podem atender o sentenciado dentro do presídio e, em caso de eventualidade e necessidade (urgência/emergência) a Direção da Unidade Penal tem autonomia para encaminhar o sentenciado para atendimento extramuros. Ante o exposto, no intuito de preservar a saúde do sentenciado, mas também visando proteger a sociedade e o bem comum, o pedido de prisão domiciliar."*

Pois bem, como é cediço, diante das declarações públicas de situação de pandemia e emergência em saúde veiculadas por Organizações Internacionais e órgãos federais, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação 62/2020, considerando, dentre outros aspectos, a obrigação do Estado brasileiro de assegurar o atendimento preventivo e curativo em saúde para pessoas privadas de liberdade, o alto índice de transmissibilidade do novo coronavírus e o agravamento significativo do risco de contágio em estabelecimentos prisionais e socioeducativos e a necessidade de estabelecer procedimentos e regras para fins de prevenção à infecção e à propagação viral em espaços de confinamento, de modo a reduzir os riscos epidemiológicos de transmissão.

No artigo 1º, o CNJ recomendou aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus - Covid-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo, tendo como como uma de suas finalidades específicas: a proteção da vida e da saúde das pessoas privadas de liberdade, dos magistrados, e de todos os servidores e agentes públicos que integram o sistema de justiça penal, prisional e socioeducativo, sobretudo daqueles que integram o grupo de risco, tais como idosos, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfecções (inciso I)

No que se refere à execução penal, o artigo 5º dispõe o seguinte:

> *"Art. 5º Recomendar aos magistrados com competência sobre a execução penal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem as seguintes medidas:*
>
> *I – concessão de saída antecipada dos regimes fechado e semiaberto, nos termos das diretrizes fixadas pela Súmula Vinculante nº 56 do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação às: a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até 12 anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência e demais pessoas presas que se enquadrem no grupo de risco; b) pessoas presas em estabelecimentos penais com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão de sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus;*
>
> *II – alinhamento do cronograma de saídas temporárias ao plano de contingência previsto no artigo 9º da presente Recomendação, avaliando eventual necessidade de prorrogação do prazo de retorno ou adiamento do benefício, assegurado, no último caso, o reagendamento da saída temporária após o término do período de restrição sanitária;*
>
> ***III – concessão de prisão domiciliar em relação a todos as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução;***
>
> ***IV – colocação em prisão domiciliar de pessoa presa com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, mediante relatório da equipe de saúde, na ausência de espaço de isolamento adequado no estabelecimento penal;***
>
> *V – suspensão temporária do dever de apresentação regular em juízo das pessoas em cumprimento de pena no regime aberto, prisão domiciliar, penas restritivas de direitos, suspensão da execução da pena (sursis) e livramento condicional, pelo prazo de noventa dias."* (G.n.)

Dessa forma, as hipóteses de prisão domiciliar previstas na recomendação em questão não albergam a situação do paciente.

Contudo, mesmo assim considero que o pedido comporta acolhimento.

Em sede de execução penal, o recolhimento domiciliar constitui benefício reservado aos condenados em regime aberto, por força do artigo 117 da Lei de Execução Penal. Porém, a jurisprudência admite extensão aos que estiverem cumprindo pena no fechado em situações excepcionais, em observância ao princípio da dignidade humana (cf. STF - *HC* 112412, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 10/11/2015; STJ - *HC* 138.986/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 17/11/2009, DJe 07/12/2009)

Dentre as hipóteses previstas no referido dispositivo legal, possui pertinência no presente caso o inciso II, que prevê a prisão domiciliar em favor de condenado acometido de doença grave.

No presente caso, cuida-se de paciente com 68 anos de idade, que faz uso de andador e que sofre de graves enfermidades [CID I25, I10 e M17, sendo respectivamente: cardiopatia (doença isquêmica crônica do coração), hipertensão e gonartrose (artrose do joelho)], atestadas em laudo pericial subscrito por médico credenciado do TJMS, no qual constam as seguintes observações:

> *"O periciado tem 68 anos, natural de Petrolandia-PE, semianalfabeto, aposentado, no momento cumpre pena em regime fechado. Refere infarto do miocárdio há dois anos, afirma manter acompanhamento no ambulatório de cardiologia do CEM, não soube informar quando ocorreu a consulta mais recente. Apresentou os medicamentos que afirmou usar, estes são losartana 50 mg 3x/dia, cinarizina 75 mg 1x/dia, AAS 100 mg 1x/dia e anlodipina 5 mg 1x/dia. Afirmou usar outros medicamentos cujos nomes não soube informar. Relata usar andador*

> *há quase 1 ano, refere ter problema nos joelhos, afirma que indicaram cirurgia em atendimento na Santa Casa mas não retornou para dar continuidade ao tratamento. Refere episódios de cansaço sem relação com esforço, dor torácica atípica e tontura. (...) analisando os autos encontramos apensado cópia do prontuário do Hospital Universitário referente a internação devido infarto do miocárdio em 2017. Na cópia do prontuário que me foi entregue encontrei referência a fratura de colo de fêmur ocorrida no início de março de 2019 com menção a encaminhamento para tratamento cirúrgico mas não há citação quanto sua realização e ao acompanhamento pós-operatório. O periciado não referiu este fato que associado a artrose em ambos os joelhos justifica o uso do andador. No prontuário temos referências a várias internações por problemas cardiológicos anteriores e posteriores ao infarto de 2017. Não encontramos exames recentes e a receita médica disponível legível é de março de 2019, esta inclui os medicamentos citados e hidroclorotiazida 25 mg 1x/dia. Deste modo podemos afirmar que o periciado apresenta doença isquêmica crônica do coração estável, hipertensão arterial e artrose em ambos os joelhos, assim precisa manter acompanhamento em ambulatório de cardiologia e ortopedia."*

Ademais, o laudo pericial é conclusivo no sentido de que, diante da doença que acomete o paciente, há risco de morte em caso de sua permanência em estabelecimento prisional de regime fechado pela ausência de cuidados necessários e essenciais à sua saúde (f. 37).

Deveras, as condições físicas do paciente, acima relatadas, que induvidosamente o colocam no grupo de risco a ser isolado da pandemia causada pelo COVID-19, autorizam, em caráter excepcional, a concessão da prisão domiciliar.

Em sua decisão, o julgador de primeira instância explicitou que o risco social de colocar o paciente em regime domiciliar *"é muito alto em razão das características particulares em que os crimes (três homicídios qualificados e uma lesão corporal grave) foi praticado, já que com violência real contra pessoa."*

Porém, na minha compreensão esse argumento não procede, pois, como visto, atualmente o paciente possui 68 anos, sofre de graves doenças e faz uso de andador, sofrendo, portanto, limitações físicas que o impedem de praticar atos simples da vida sociedade e, assim, permitem presumir que não voltará a delinquir.

No mais, não se olvide que o paciente já cumpriu 25 anos de reclusão em regime fechado. Ou seja, aproxima-se do limite de 30 anos previsto no artigo 75 do Código Penal, com redação vigente ao tempo do fato.

Enfim, caso fosse o paciente mantido em regime fechado, o Estado perderia a legitimação para atuar como pacificador social e se equipararia à figura do agressor, algo que não é de ser chancelado, em observância, principalmente, ao princípio da humanidade. Sobre o assunto, leciona Guilherme de Souza Nucci que:

> *"Perder a capacidade de indignação, a sensibilidade para o justo e a possibilidade de reclamar podem ser caminhos estreitos e diretos para o embrutecimento do ser humano, tornando-o indiferente a si mesmo, seus atos e as consequências de cada um deles, consolidando uma pedra inóspita em lugar da brandura do coração. (...). O princípio da humanidade significa, acima de tudo, atributo ímpar da natureza humana, consistindo em privilegiar a benevolência e a complacência, como formas de moldar o cidadão, desde o berço até a morte.* ***Viver civilizadamente, implica em colocar à frente os bons sentimentos, indicando às futuras gerações que o mal se combate com o bem, transmitindo o exemplo correto e proporcionando o arrependimento e a reeducação interior.*** *(...).* ***Retribuir o mal do crime com uma maldosa pena deixa de constituir virtude para assumir o papel de vilania, equiparando o Estado à figura do agressor, situação que o deslegitima a atuar em nome do direito e da Justiça.*** *Se os maus sentimentos ainda são constantes nos seres humanos, dada a sua natural imperfeição, não se pode cultivá-los e incentivá-los a integrar o campo das leis, onde idealmente o justo prevalece e a benemerência é a sua razão de ser.* ***Não se constrói um sistema normativo voltado ao lastimável estado de espírito inferior, permeado de sentimentos comezinho e negativos; ao contrário, as leis devem espelhar a riqueza da meta a ser buscada, lastreada na perfeição do lado humano positivo, como forma de incentivo à civilidade, em convivência fraterna."*** (*in* Princípios constitucionais penais e processuais penais. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2010. Com destaques nossos).

Ademais, o benefício ora concedido vai ao encontro das finalidades específicas da referida Recomendação, notadamente a necessidade de proteger a vida e saúde do paciente, que, como visto, integra grupo de risco.

Em abono, colhe-se do judicioso parecer ministerial:

> *"(...) é de se ver que o paciente está acometido de patologias graves e, a despeito da estrutura de atendimento fornecida na unidade prisional, as enfermidades do apenado impõem atendimento ambulatorial extramuros. Para além disto, frisa restrições de mobilidade do apenado para atividades rotineiras do estabelecimento prisional e que a ausência de cuidados necessários e essenciais à saúde geram risco de morte. O contexto retratado, dessarte, não deixa dúvidas de que o paciente, idoso, também integra o grupo de risco, frente à patologia cardíaca que lhe acomete, dentre outras. Afora isto, em que pese o ambiente prisional siga as recomendações expedidas pela Nota Técnica Orientativa 01/2020/GAB/AGEPEN, como forma de prevenção à pandemia do novo Coronavírus, tendo a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (AGEPEN) suspendido as visitas de familiares até dia 07 de abril nos presídios de regimes fechado e semiaberto de Mato Grosso do Sul, infere-se que a condição excepcional do paciente exige tratamento contínuo, com parcial atendimento médico extramuros, cuja ausência constitui risco à saúde e vida do apenado, a impor providências da administração penitenciária para deslocamento do paciente a local de tratamento especializado. Nesse cenário, não se descura que a excepcional concessão do benefício da prisão domiciliar àqueles definitivamente condenados ao cumprimento de pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, por interpretação extensiva do artigo 318 do Código de Processo Penal e artigo 117 da Lei de Execuções Penais, exige a comprovação inequívoca de que o reeducando esteja extremamente debilitado, por motivo de grave doença aliada à impossibilidade de receber tratamento no estabelecimento prisional em que se encontra, todavia no caso concreto o conflito mostra-se sensível à medida que não é possível coligir, com integral segurança, tratamento necessário ao paciente dentro do próprio presídio, nem mesmo a imediata condução do reeducando a clínica ou hospital necessário para seu tratamento diante da própria restrição de mobilidade ocasionada pelo pandemia de coronavírus, que exige inclusive adoção de providência para evitar o transporte compartilhado de pessoas privadas de liberdade (art. 9º, VI, da Recomendação nº 62/CNJ). Com isso, sem embargo dos graves crimes praticados pelo paciente, tem-se por validada a necessidade de concessão do regime domiciliar como medida de cunho humanitário lastreada no princípio da dignidade da pessoa humana."*

Reputo prescindível a imposição de monitoramento eletrônico diante das condições físicas do paciente.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de conceder a ordem em favor de Ademir Severino Ramos para, com relação aos autos do Processo de Execução n. 0007812-22.2019.8.12.0001, conceder-lhe o regime domiciliar a ser cumprido no endereço indicado à f. 33, nos termos da liminar concedida initio litis, ora ratificada.

Decisão em conformidade com o parecer.

O Sr. Des. José Ale Ahmad Netto. (1º Vogal)

Acompanho o relator para conceder a ordem, considerando todo o conjunto de peculiaridades do caso do paciente, apontadas pelo i. Relator e também pela douta Procuradoria-Geral de Justiça.

O Sr. Des. Jonas Háss Silva Júnior. (2º Vogal)

A advogada Herika Cristina dos Santos Ratto impetrou *habeas corpus,* com pedido de liminar em favor do paciente Ademir Severino Ramos, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande-MS.

Relatou que o paciente cumpre pena privativa de liberdade pela prática de crimes de homicídio e já perfez 25 (vinte e cinco) anos de sua reprimenda, estando próximo de ultimar o tempo máximo de pena privativa

de liberdade admitido, além de possuir conduta carcerária ótima, pois não apresenta faltas ou anotações que desabonem sua conduta.

Narrou que o paciente possui 68 anos de idade e é acometido por doenças graves, consoante se constatou, recentemente, por perito médico credenciado do TJMS, que atestou ser portador de cardiopatia (doença isquêmica crônica do coração), hipertensão e gonartrose (artrose do joelho). Além disto, em 2017 fora internado devido a um infarto do miocárdio e se utiliza de um andador para sua locomoção. Desta feita, em face da pandemia provocada pelo Covid-19 e da gravidade das doenças que acometem o paciente, pugnou ao juízo impetrado a concessão de prisão domiciliar, todavia o pedido restou indeferido.

Ouso divergir do relator, Desembargador Ruy Celso Barbosa Florence, e, contra o parecer, denegar a presente ordem.

Isso, porque consta da Guia de Recolhimento nº 0007812-22.20019.8.12.0000 que o paciente Ademir Severino Ramos cumpre pena de 91 anos em decorrência de três homicídios qualificados e lesão corporal, o que leva à conclusão que se trata de preso de alta periculosidade,

Acresça-se, ainda, que a guia de execução penal é oriunda do Estado de Pernambuco, eis que o paciente em 7/6/11 foi beneficiado com o regime semiaberto, contudo, evadiu-se em 20/6/11 e foi preso em 2/7/18 em Campo Grande/MS (f. 290), ou seja, permaneceu foragido por mais de 7 anos.

Assim, embora o momento crítico que assola a ordem mundial, em razão da pandemia ocasionada pelo Coronavirus (COVID-19) em todo o país, tal situação, por si só, não pode ser interpretada como um passe livre para liberação de toda e qualquer pessoa que se encontre em situação similar do paciente, porquanto, de outro lado, ainda persiste o direito da coletividade em ver preservada a paz social, a qual não se desvincula da ideia de que o sistema de justiça penal há de ser efetivo, de sorte a proteger a sociedade contra os ataques mais graves aos bens juridicamente tutelados pela norma penal.

Não desconheço da Recomendação nº 62 emitida pelo Conselho Nacional de Justiça, que visa prevenir a infecção e a propagação do coronavírus em espaços de confinamento de pessoas que se encontram sob a tutela do Estado.

Entretanto, inexiste nos autos informação de que o paciente encontra-se segregado em presídio com excedente de lotação, bem como de que no local haja registro deficiente de condição sanitária e, até mesmo, de incidência do vírus.

Ademais, a Administração Pública de Mato Grosso do Sul não está inerte à nova realidade que se revela pela pandemia do COVID-19. Por meio da Nota Técnica Orientativa 01/2020/GAB/AGEPEN, como forma de prevenção ao contágio, a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário – AGEPEN suspendeu as visitas de familiares nos presídios de regimes fechado e semiaberto deste Estado. Também estão suspensas as atividades escolares, bem como grupos e projetos educacionais dentro dos estabelecimentos penais, assistência religiosa e ações de instituições cadastradas. E, em casos de entrada de novos custodiados, todos passarão por triagem preliminar e, em casos de suspeita de Covid-19, o preso receberá atendimento médico e será isolado da massa, se necessário, inclusive, por meio do remanejamento dos presídios de pavilhão e outras medidas administrativas.

Assim, não há constrangimento ilegal no indeferimento do pedido do paciente em concessão de prisão domiciliar em decorrência da pandemia do COVID-19.

Acresça-se que o fato de o paciente já ter cumprido próximo de 25 anos em regime fechado (início da execução em 17/11/86; fuga em 13/11/97; recaptura em 9/5/01 – f. 172 dos autos originários; progressão para semiaberto em 7/6/11; evasão em 20/6/11 e recaptura em 2/7/18 – f. 290 dos autos originários), é irrelevante para análise quanto ao pedido de concessão de prisão domiciliar em decorrência da pandemia do COVID-19.

Por outro lado, consigne-se que o paciente realizou pedido de regime domiciliar humanitário, que está pendente de decisão, sendo que, neste momento, a manifestação desta Corte quanto ao tema incorrerá em inaceitável supressão de instância.

Assim, pelo exposto e contra o parecer, denego a presente ordem.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Concederam a ordem, por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal. Com ressalvas do 1º vogal. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. José Ale Ahmad Netto e Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Campo Grande, 28 de abril de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence
Apelação Criminal nº 0001651-80.2016.8.12.0007 – Cassilândia

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – FURTO – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.

Não justifica a movimentação da cara e abarrotada máquina judiciária a subtração de *res furtiva* que causou nenhuma ou inexpressiva lesão econômica e a conduta perpetrada teve mínima ofensividade e foi destituída de periculosidade social. Cuida-se de fato que dispensa a insurgência punitiva, *ultima ratio* da interferência controladora estatal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Proveram por maioria, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal. Decisão contra o parecer.

Campo Grande, 5 de maio de 2020.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Andressa da Silva Vieira interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1.ª Vara de Cassilândia (f. 230 - 232), que a condenou nas penas do art. 155, *caput*, do Código Penal, em 01 ano e 02 meses de reclusão, em regime semiaberto.

Requer, em síntese, a aplicação do princípio da insignificância, absolvendo-se o apelante por atipicidade da conduta (f. 245 - 251).

Contrarrazões pelo desprovimento (f. 255 - 263).

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 273 - 277).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Andressa da Silva Vieira interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1.ª Vara de Cassilândia (f. 230 - 232), que a condenou nas penas do art. 155, *caput*, do Código Penal, em 01 ano e 02 meses de reclusão, em regime semiaberto.

Requer, em síntese, a aplicação do princípio da insignificância, absolvendo-se o apelante por atipicidade da conduta (f. 245 - 251).

Contrarrazões pelo desprovimento (f. 255 - 263).

A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (f. 273 - 277).

Infere-se da denúncia que:

> *"Consta do incluso Inquérito Policial que, no dia 12 de maio de 2016, por volta das 10h30min, na Rua Arceli de Castro Paulino, n.º 144, Vila Izanópolis, nesta cidade e Comarca de Cassilândia/MS, a denunciada Andressa da Silva Vieira, de forma voluntária e consciente, subtraiu para si, coisa alheia móvel, consistente em 02 kg (dois quilos) de carne, pertencente a vítima João Belmiro Machado.*
>
> *Consta ainda que no dia 12 de maio de 2016, momentos após o primeiro fato, a denunciada Andressa da Silva Vieira, de forma voluntária e consciente de sua conduta, desobedeceu a ordem legal consistente em se negar a entrar na viatura policial, debatendo-se.*
>
> *Segundo apurado, na oportunidade dos fatos, a Guarnição Policial Militar foi acionada a comparecer no endereço da vítima João Belmiro Machado, onde teria ocorrido um furto. Consta que, ao chegar no local os policiais foram informados que a denunciada Andressa da Silva Vieira adentrou na residência da vítima, furtou 02 kg (dois quilos) de carne e se evadiu.*
>
> *Restou apurado que, no momento da fuga Andressa da Silva Vieira escondeu a res furtiva em uma bananeira nos fundos da residência de Ana Paula Dias da Silva. Em busca pelo local, os policiais localizaram a carne furtada e devolveram à vítima. Infere-se que, ao realizar diligências a Guarnição Policial encontrou a denunciada Andressa da Silva Vieira, que desobedeceu a ordem dos policiais, se negando adentrar no compartimento de preso da viatura, sendo necessário o uso da força para que o trabalho policial fosse realizado."*

Encerrada a instrução sobreveio sentença que acolheu parcialmente a denúncia, apenas para condenar a acusada pelo crime de furto.

A materialidade e autoria delitiva restaram suficientemente demonstradas nos autos, tanto que a própria acusada confessou o furto e esclareceu que subtraiu 2 (dois) quilos de carne da vítima João Belmiro Machado com intento de revender o produto para comprar drogas, por ser usuária de entorpecentes.

Como visto, a imputação de furto envolve um pacote de carne de 2kg, que foi imediatamente restituído à vítima. Ademais, o fato envolve produto alimentício, com contornos de "furto famélico".

Assim, reputo que a ofensa perpetrada pela ré realmente não justifica a movimentação da cara e abarrotada máquina judiciária. Cuida-se de fato que dispensa a insurgência punitiva, *ultima ratio* da interferência controladora estatal.

Aplica-se ao caso, portanto, o princípio da insignificância que, embora não previsto normativamente, possui natureza jurídica de causa supralegal de exclusão da tipicidade penal da conduta e decorre dos postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal, agregando conteúdo valorativo às normas penais incriminadoras, permitindo ao julgador excluir de suas incidências aquelas condutas de importância ínfima para o Direito Penal.

O Supremo Tribunal Federal tem apontado critérios para utilização do princípio da insignificância, quais sejam: *"(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada."* (STF – *HC* nº 93.453 – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJe 02.10.2009 – p. 133).

É que *"para que se dê a incidência da norma penal não basta a mera adequação formal do fato empírico ao tipo legal. É preciso que a conduta delituosa se contraponha, em substância, ao tipo em causa. Necessário que a vítima experimente efetivo desfalque em seu patrimônio, ora maior, ora menor, ora pequeno, mas sempre um real prejuízo material. (...). Pena de se provocar a desnecessária mobilização de uma máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que não é de ser acionado para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar. (...). Desfalque praticamente nulo ao patrimônio da suposta vítima, que, por isso mesmo, nenhum sentimento de impunidade experimentará com o reconhecimento da atipicidade da conduta do agente."* (STF. *HC* nº 92411/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJ de 09/05/2008).

Cumpre salientar, por oportuno, que há inúmeros precedentes oriundos deste Tribunal de Justiça reconhecendo a insignificância penal de condutas formalmente tipificadas como crimes contra o patrimônio cuja lesão econômica é superior àquela narrada na denúncia (cf. Seção Criminal - Embargos Infringentes n. 2011.033881-7/0001-00 – Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – j. 12.6.2012 - R$ 180,00, fato em novembro de 2010; Segunda Câmara Criminal - Apelação Criminal n. 2012.013798-8 - minha relatoria, j. 16.7.2012 - R$ 190,00, fato em agosto de 2009; Segunda Câmara Criminal – Agravo Regimental em Apelação Criminal n. 2010.027536-1/0001-00 – Relator Des. Manoel Mendes Carli – j. 21.2.2011, R$ 180,00; Segunda Turma Criminal - Apelação Criminal - n. 2010.038472-5, Relator Des. Romero Osme Dias Lopes, j. 28.2.2011, R$ 300,00, fato ocorrido entre agosto e novembro de 2007; Segunda Turma Criminal - Apelação Criminal n. 2011.020121-1 – Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – j. 25.7.2011, R$ 300,00, fato ocorrido em junho de 2009; Primeira Turma Criminal - Apelação Criminal n. 2010.002804-7 - Relator Des. João Carlos Brandes Garcia – j. 3.3.2010, R$ 240,00, fato ocorrido em janeiro de 2007).

Portanto, deve ser reconhecida a insignificância e, por consequência, a apelante deve ser absolvida por atipicidade da conduta.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de dar provimento ao recurso interposto por Andressa da Silva Vieira, para absolvê-la do delito previsto no art. 155, *caput*, do Código Penal, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Decisão contrária ao parecer.

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior (1º Vogal)

Ouso divergir do relator que, no caso, reconheceu a atipicidade material da conduta e absolveu a apelante Andressa da Silva Vieira da prática do delito de furto simples, ante a aplicação do princípio da insignificância.

Pelo princípio da insignificância, é possível considerar atípico o fato quando a lesão ao bem jurídico for de tal forma irrisória que não seja justificável a atuação da máquina judiciária para persecução penal. Nesse contexto, embora formalmente típica (ou seja, subsunção do fato à norma), a conduta é considerada atípica no campo material, em razão da irrelevante lesão causada ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

O princípio em questão (insignificância), a propósito, é decorrente do princípio da intervenção mínima, do qual se extrai a ideia de que o direito penal só deve cuidar de situações graves, ou seja, de casos onde haja relevante lesão a bem jurídico indispensável para preservação e desenvolvimento dos indivíduos e da sociedade, não solucionáveis por outros ramos da ciência jurídica do direito.

Vislumbra-se, portanto, que o princípio da insignificância funciona como um "filtro" para a atuação da intervenção jurídica-penal, de modo a direcioná-la à tutela de situações efetivamente graves, evitando-se, assim, a banalização da atuação do direito penal.

O Supremo Tribunal Federal tem apontado critérios para a utilização do princípio da insignificância, quais sejam:

> *"(...) (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada. (STF – HC nº 93.453 – Rel. Min. Joaquim Barbosa – DJe 02.10.2009 – p. 133). Ademais, a Suprema Corte preconiza que a habitualidade delitiva em delitos patrimoniais impede a aplicação do princípio da insignificância."* (*HC* 106292, Relator: Min. Marco Aurélio, Relatora p/ Acórdão: Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 18/10/2016; *HC* 137749 AgR, Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017; *HC* 122030 AgR, Relator: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 25/06/2014, dentre outros).

Na hipótese, em que pese a imputação de furto envolver um pacote de carne de 2kg, avaliado em R$ 30,00 e que foi prontamente restituído à vítima, não se trata de "furto famélico", tampouco de conduta insignificante para o Direito Penal.

Verifica-se pela certidão de antecedentes criminais da apelante (f. 200-205 e 206-229), extensa por sinal, que ela possui diversas incidências criminais, ostentando condenações transitadas em julgado, sendo contumaz na prática de crimes contra o patrimônio, o que reforça a lesividade de sua conduta e obstaculiza a incidência do princípio da insignificância.

Nesse prisma, colhe-se do STJ:

> *"I - Esta Corte tem entendimento pacificado no sentido de que não há que se falar em atipicidade material da conduta pela incidência do princípio da insignificância quando não estiverem presentes todos os vetores para sua caracterização, quais sejam: a) mínima ofensividade da conduta; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, e; d) inexpressividade da lesão jurídica provocada. II - Como dito no decisum reprochado, é inaplicável, na hipótese, o denominado princípio da insignificância, tendo em vista que, apesar do pequeno valor da res furtiva, o agravante é reincidente na prática de delitos patrimoniais. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no AREsp 1612423/MG, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 18/03/2020)

A Terceira Seção do STJ, no julgamento dos EREsp n. 221.999/RS, estabeleceu a tese de que

> *"a reiteração criminosa inviabiliza a aplicação do princípio da insignificância, ressalvada a possibilidade de, no caso concreto, o aplicador do direito verificar que a medida é socialmente recomendável. 5. O recorrente, reincidente em crime contra o patrimônio, foi condenado pelo crime de roubo majorado em 2016 e respondia a outro processo por roubo, quando subtraiu cabos de energia. Sua inclinação para a prática de atos da mesma tipologia impede o reconhecimento da atipicidade material da conduta, sob pena de fomentar a habitualidade criminosa." (RHC 118.548/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/12/2019, DJe 13/12/2019.)*

Portanto, demonstrada a habitualidade delitiva da ré, torna-se inviável o acolhimento da tese absolutória com amparo na bagatela.

Com efeito, pedindo venia ao ilustre relator, nego provimento ao recurso interposto por Andressa da Silva Vieira, mantendo-se incólume a sentença condenatória, bem como a pena apicada.

O Sr. Juiz Waldir Marques (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram por maioria, nos termos do voto do relator, vencido o 1º vogal. Decisão contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Jonas Hass Silva Júnior e Juiz Waldir Marques.

Campo Grande, 5 de maio de 2020.

***

1ª Seção Criminal
Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza
Mandado de Segurança Criminal nº 1413809-04.2019.8.12.0000 – Três Lagoas

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – ART. 54 DA LEI DE CRIMES AMBIENTAIS – PRELIMINARES DE NULIDADE DA DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E DE INÉPCIA DA DENÚNCIA – TESES RECHAÇADAS – ALMEJADO O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – IMPOSSIBILIDADE – JUSTA CAUSA EVIDENCIADA – SEGURANÇA DENEGADA.

Na espécie, a exordial acusatória descreveu de forma satisfatória a atuação da pessoa jurídica, tendo narrado a infração penal pormenorizadamente e indicado a participação da ré consistente no transporte de óleo diesel em malha ferroviária precariamente conservada, atendendo-se perfeitamente ao disposto no artigo 41 do CPP.

O exame aprofundado sobre a possibilidade de deflagração da ação penal resultaria em indevida antecipação do pronunciamento de mérito a ser realizado pelo juízo singular, sendo indubitável que, nesse cenário, a preliminar por ausência de fundamentação não comporta acolhimento.

Incogitável o trancamento da ação penal no caso vertente, porquanto há indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva para o prosseguimento da persecução penal, a fim de apurar a responsabilidade criminal da ora impetrante no evento danoso descrito na denúncia, isto é, no descarrilamento de 05 (cinco) "vagões-tanque", os quais foram transportados mesmo diante do teórico conhecimento da ré sobre o estado demasiadamente precário da malha ferroviária, o que causou o derramamento de mais de 67.500 (sessenta e sete mil e quinhentos) litros de óleo diesel no local dos fatos, de forma a causar danos à vegetação e risco de contaminação do lençol freático.

Segurança denegada, com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por maioria, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator, vencido o 2º Vogal.

Campo Grande, 15 de abril de 2020.

Des. Zaloar Murat Martins de Souza - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

A Rumo Malha Oeste S/A impetrou o presente mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato proferido pelo Juízo da 3ª Vara Criminal de Três Lagoas, proferido nos autos da Ação Penal n. 0001525-22.2015.8.12.0021, que violou direito líquido e certo da impetrante.

Na impetração (f. 01-13), alega que a denúncia é inepta diante da ausência de descrição de comportamento doloso, pois a acusação não descreveu qualquer ato de representante legal ou contratual, ou órgão colegiado da impetrante, tampouco processo de deliberação da empresa, que tenha causado a suposta poluição e sequer apontou o interesse ou benefício da impetrante em tal conduta.

Argumenta que não houve comprovação de dano concreto ao meio ambiente.

Alega que a ausência de justa causa para oferecimento de denúncia é clara, já que não há prova suficiente da materialidade delitiva, nem indícios de autoria quanto ao crime doloso.

Por esses motivos, requer o reconhecimento da inépcia da denúncia e o trancamento da ação penal, nos termos do artigo 395, incisos I e III, ambos do Código de Processo Penal.

Postula, em caráter liminar, pela suspensão dos efeitos do ato coator até julgamento definitivo do *writ*.

Por meio da decisão de f. 367-369, a liminar foi indeferida.

As informações da autoridade apontada como coatora foram prestadas às f. 375-376.

O Procurador de Justiça oficiante neste feito, manifestou-se pela denegação da segurança (f. 380-386).

VOTO (EM 19/02/2020)

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

A Rumo Malha Oeste S/A impetrou o presente Mandado de Segurança, com pedido liminar, contra ato proferido pelo Juízo da 3ª Vara Criminal de Três Lagoas, proferido nos autos da Ação Penal n. 0001525-22.2015.8.12.0021, que violou direito líquido e certo da impetrante.

Na impetração (f. 01-13), alega que a denúncia é inepta diante da ausência de descrição de comportamento doloso, pois a acusação não descreveu qualquer ato de representante legal ou contratual, ou órgão colegiado da impetrante, tampouco processo de deliberação da empresa, que tenha causado a suposta poluição e sequer apontou o interesse ou benefício da impetrante em tal conduta.

Argumenta que não houve comprovação de dano concreto ao meio ambiente.

Alega a ausência de justa causa para oferecimento de denúncia é clara, já que não há prova suficiente da materialidade delitiva, nem indícios de autoria quanto ao crime doloso.

Por esses motivos, requer o reconhecimento da inépcia da denúncia e o trancamento da ação penal, nos termos do artigo 395, incisos I e III, ambos do Código de Processo Penal.

Postula, em caráter liminar, pela suspensão dos efeitos do ato coator até julgamento definitivo do *writ*.

Por meio da decisão de f. 367-369, a liminar foi indeferida.

As informações da autoridade apontada como coatora foram prestadas às f. 375-376.

O Procurador de Justiça oficiante neste feito, manifestou-se pela denegação da segurança (f. 380-386).

É o breve relato do caso. Passa-se ao exame do *mandamus*.

Das teses de inépcia da denúncia e de nulidade da decisão de recebimento da peça acusatória.

Neste ponto, a impetrante sustenta que "*a acusação não descreveu qualquer ato de representante legal ou contratual, ou órgão colegiado da Impetrante, ou processo de deliberação da empresa, que tenha causado a suposta poluição e tampouco apontou o interesse ou benefício da Impetrante em tal conduta (f. 08).*"

Colaciona-se, por oportuno, o seguinte excerto da peça acusatória:

"(...)

Segundo o apurado, a denunciada ALL América Latina Logística Malha Oeste S/A, empresa de direito privado, à época dos fatos era detentora de concessões para explorar ferrovias por vários pontos do Brasil, dentre eles o local dos fatos apurados nestes autos.

Assim, enquanto concessionária de serviços públicos, a denunciada era a responsável por prestar o serviço a ela concedido de forma adequada, zelando, dentre outras obrigações, pela segurança da atividade.

Contudo, consoante apurou-se nos autos do presente inquérito policial, em claro desrespeito às normas que regulam a concessão, a denunciada deixou de realizar a manutenção adequada da malha ferroviária no local dos fatos, deixando-a em precárias condições, aquém dos parâmetros de segurança para trafegar.

Nesse sentido, apurou-se que a denunciada não efetuou a manutenção dos trilhos por ela utilizados no local dos fatos, deixando o local com os dormentes apodrecidos, sem qualquer sustentação.

Ocorre que, ***mesmo conhecendo a situação precária dos trilhos da malha ferroviária, aceitando os riscos da ocorrência de um acidente, bem como dos resultados a ele inerentes, na data dos fatos, nas condições de tempo e local acima descritas, a denunciada efetuou o transporte de óleo diesel em 'vagões-tanque'.***

Conforme apurado, durante o transporte, no ponto da via férrea localizado nas proximidades da estação ferroviária 'Gigante', como consequência do estado precário dos trilhos, ocorreu o descarrilamento de 05 (cinco) dos 'vagões-tanque', tendo um deles se rompido e despejado aproximadamente 67.550 litros de óleo diesel no solo local, considerando que essa era a capacidade do vagão.

É dos autos que, a denunciada, em clara inobservância à condicionante da Licença de Operação n. 1.017/2011 (f. 19-23), deixou de comunicar às autoridades ambientais responsáveis sobre a ocorrência do acidente e alterou o cenário do acidente.

(...)." (f. 02-03). (G.n.)

Do excerto supracitado da exordial, pode-se concluir que o evento danoso decorre, evidentemente, de ato do representante da empresa ré, a qual, por óbvio, se beneficiava da ausência de direcionamento de valores para os reparos da malha ferroviária.

Por certo, tratando-se de empresa especializada neste tipo de atividade, é possível vislumbrar, em juízo de cognição sumária, que a ré tinha conhecimento e aceitou os riscos decorrentes da falta de manutenção da malha ferroviária, sendo indubitável que a referida prática ocorreu por força do interesse e em benefício desta última.

Tanto é verdade que, "*em clara inobservância à condicionante da Licença de Operação n. 1.017/2011 (f. 19-23), deixou de comunicar às autoridades ambientais responsáveis sobre a ocorrência do acidente e alterou o cenário do acidente (f. 03)*[1]*."*

Este fato aparentemente reforça a conclusão de que a empresa ré tinha ciência de que sua atuação, ao ser omitir das manutenções necessárias à malha ferroviária e ao realizar o transporte naquelas condições, poderia causar os danos ambientais, aceitando, pois, o risco de produzi-los, tratando-se evidentemente de conduta comissiva.

Deveras, ao contrário do alegado no *mandamus*, o transporte de óleo diesel em malha ferroviária em estado precário constitui conduta dolosa.

Logo, deve-se rejeitar a tese de inépcia da denúncia.

1 Autos n. 0001525-22.2015.8.12.0021

Do mesmo modo, não se verifica nulidade quanto à alegada falta de fundamentação da decisão que teria recebido a peça acusatória.

Nesse entoar, o comando constitucional estabelecido no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, não demanda fundamentação exaustiva, pois caso o magistrado não se depare com qualquer das hipóteses excepcionais elencadas no artigo 397 do CPP, deve prosseguir com a instrução criminal, devendo externar suas convicções sobre o mérito da ação penal apenas por ocasião da prolação da sentença.

Sendo assim, a exigência de fundamentação aprofundada sobre a possibilidade de deflagração da ação penal resultaria em indevida antecipação do pronunciamento de mérito do julgador.

No mesmo caminhar, eis o posicionamento do Pretório Excelso:

> *"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS – PROCESSO PENAL – RECEBIMENTO DA DENÚNCIA – AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO – INOCORRÊNCIA – DESPROPORCIONALIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS – NECESSIDADE DE ANÁLISE PROBATÓRIA – INADEQUAÇÃO DA VIA – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> ***1. O juízo de recebimento da denúncia é de mera delibação, nunca de cognição exauriente. Assim, há que se diferenciar os requisitos para o recebimento da exordial acusatória, delineados no art. 41 do Código de Processo Penal, com o juízo de procedência da imputação criminal.***
>
> *2. O magistrado de primeiro grau, por meio de decisão suficientemente motivada e compatível com a fase processual na qual se insere, concluiu pela inocorrência de hipótese autorizadora de absolvição sumária e pelo preenchimento dos requisitos do art. 41 do CPP.*
>
> *3. A avaliação sobre a necessidade de manutenção das medidas protetivas demanda exame de matéria fático-probatória, providência inviável em sede de habeas corpus.*
>
> *4. Agravo regimental desprovido."* (*HC* 172182 AgR, Relator(a): Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 29/11/2019, Processo Eletrônico DJe-275 Divulg 11-12-2019 Public 12-12-2019) (Destacou-se).

Nesse aspecto, por meio de simples leitura da peça vestibular mostra-se claramente o conteúdo da imputação e a teórica responsabilidade penal da impetrante pelos fatos ali elencados, razão pela qual a denúncia satisfaz os requisitos do artigo 41 do CPP.

Não se pode olvidar de que o exame exaustivo das teses aventadas pela defesa confundem-se com o próprio mérito da ação penal e serão analisadas oportunamente, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Dentro dessa linha de compreensão, questões referentes à efetiva prática do delito, não merecem análise no âmbito da via cognitiva desta ação mandamental, na medida em que o exame cabal de tais teses compete ao juízo singular no exame do mérito da ação penal, devendo o acusado, se defender no curso do processo, dos fatos narrados na exordial acusatória.

Em abono dessa conclusão, eis o posicionamento deste Sodalício:

> *"EMENTA – HABEAS CORPUS – PEDIDO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA – ATIPICIDADE DAS CONDUTAS NÃO DEMONSTRADAS – MATÉRIA QUE DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA – ORDEM DENEGADA.*
>
> *I. O trancamento de ação penal pela via processual do habeas corpus apresenta-se como medida excepcional, sendo admissível somente quando transparecer, de forma inequívoca, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade, a inépcia da denúncia ou a ausência de indícios de autoria e prova da materialidade, o que não ocorre nos autos.*

> *II. No caso em tela, diante dos fatos apurados nos autos da Ação Penal nº 0002340-29.2018.8.12.0016, não restou caracterizada a falta de justa causa para ação penal, ante a atipicidade da conduta, porquanto* ***as alegações do impetrante são questões de mérito a serem dirimidas em momento próprio, após a instrução, observando-se o contraditório e ampla defesa.***
>
> *III. Ordem denegada, com o parecer."* (TJMS. *Habeas Corpus* Criminal n. 1405342-36.2019.8.12.0000, Mundo Novo, 1ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Emerson Cafure, j: 30/05/2019, p: 31/05/2019) (Destacou-se).

Entendimento em sentido contrário, equivaleria a subverter a ordem processual, adiantando-se de forma prematura e indevida o exame do mérito da ação penal.

Desse modo, a nulidade aventada não comporta acolhimento.

Do almejado trancamento da ação penal.

Como é curial, o trancamento de ação penal pela via mandamental constitui medida excepcional, a qual se mostra possível apenas quando fora evidenciado, de plano, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade, a inépcia da denúncia ou a ausência de indícios de autoria e prova da materialidade.

Colhe-se, quanto ao ponto, a jurisprudência do Tribunal da Cidadania:

> *"PROCESSO PENAL – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – CRIMES DO DECRETO-LEI N. 201/1967 – TRANCAMENTO – EXCEPCIONALIDADE – CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA E INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO EVIDENCIADAS – CRIME SOCIETÁRIO – INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA, CÍVEL E CRIMINAL – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *1. Nos termos do entendimento consolidado desta Corte, o trancamento da ação penal por meio do habeas corpus é medida excepcional, que* ***somente deve ser adotada quando houver inequívoca comprovação da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito*** *(...)."* (RHC 102919 / PE Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 018/0236406-1, Relator(a) Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Data do Julgamento 23/04/2019) (Destacou-se).

Entretanto, o caso vertente não se amolda às hipóteses excepcionais que legitimam o trancamento da persecução penal.

Isso porque os elementos de prova que instruíram a denúncia (f. 10-1.505)[2], inclusive o laudo pericial de f. 1.133-1.142, demonstram, a princípio, a existência de indícios de autoria e materialidade em relação ao delito imputado à ré, qual seja, o tipo previsto no artigo 54 da Lei n.º 9.605/98.

Referidos elementos evidenciam, ao menos em juízo de prelibação, que o vazamento do óleo diesel causado pela impetrante ensejou danos ao meio ambiente, capazes de resultar danos à saúde humana, pois a impetrante, em tese, deliberou por transportar a referida carga mesmo ciente do estado precário da malha ferroviária (conduta dolosa), o que ocasionou o descarrilamento de 05 (cinco) "vagões-tanque", tendo um destes se rompido e despejado, no solo local, mais de 67.500 (sessenta e sete mil e quinhentos) litros de óleo diesel.

Em razão de denúncias anônimas, a Polícia Militar Ambiental se deslocou até o local dos fatos, ocasião na qual constatou a existência de poluição ambiental, em razão do evento supracitado, pois a enorme quantidade de óleo diesel despejada na localidade havia sido absorvida pelo solo, causando danos à vegetação e com uma grande probabilidade de o produto atingir o lençol freático diante da existência de uma represa e uma área de vereda nas proximidades do local, de modo a indicar que há ponto raso de lençol freático.

2 Autos n. 0001525-22.2015.8.12.0021

A materialidade é perceptível pela própria dinâmica do aventado evento danoso descrito no relatório de constatação confeccionado pela Polícia Militar Ambiental de f. 1.113-1.117[3], *in verbis*:

> *"(...)*
>
> *Ocorre que houve o rompimento, aparentemente, de apenas um vagão tanque, do qual sabe-se que resultou no derramamento de* ***pelo menos 67.000 litros de óleo diesel diretamente no solo, que ocorreu dos dois lados da via férrea, gerando forte odor, além da infiltração do solo, causando sua contaminação, danos à vegetação local e ainda não podendo descartar o risco de incêndio*** *(...)*
>
> *Ressalta-se que* ***todo o óleo diesel derramado já havia sido infiltrado no solo com grande potencialidade de atingir o lençol freático, uma vez que naquelas proximidades foi verificada a existência de uma represa (açude)****, bem como um área de vereda (varjão) com distância aproximada de 300 metros, (...)* ***indicando a localização em ponto raso do lençol freático, além disso, cabe ainda mencionar que não há grande desnível da represa, bem como da APP em relação ao local da infiltração do óleo diesel****, sinalizando maior probabilidade de afetação do lençol subterrâneo."* (f. 1.115 - destacou-se).

No mesmo trilhar, trago à baila o seguinte excerto do laudo pericial elaborado pela Polícia Civil (f. 1.133-1.142):

> *"(...)* ***4.5- Dos Danos Ambientais***
>
> ***Nas verificações efetuadas pelas Equipes da Polícia Militar Ambiental e dos Peritos Criminais no local onde houve o descarrilamento, foram constatadas que o óleo diesel que vazou do vagão, foi absorvido pelo solo.*** *Este derramamento causou a contaminação do solo atingindo também a vegetação local.* ***Há também o risco de contaminação do lençol freático, pois próximo ao acidente fora encontrada uma lagoa que é utilizada como açude para o gado da região.*** *Não fica descartado o risco de incêndio, tendo em vista que se tratava de óleo diesel.*
>
> *A empresa ALL, na tentativa de recuperação do local antes da chegada dos órgãos competentes, encaminhou tratores e retroescavadeiras para a 'raspagem' da área afetada. Para o transporte destes equipamentos houve também o desmatamento de algumas árvores para adentrar ao local afetado.*
>
> ***V. Conclusão***
>
> *Ante ao exposto este Perito infere, com base nos elementos materiais de ordem objetiva encontrados no local anteriormente mencionado, que* ***houve o descarrilamento de 05 (cinco) vagões-tanque, carregados de óleo diesel pertencentes a empresa ALL América Latina. Logística Malha Oeste S.A.*** *Além do descarrilamento dos vagões* ***foram constatados danos ambientais causados pelo derramamento do óleo diesel que vazou de um dos vagões-tanque sendo o mesmo absorvido pelo solo, afetando não só vegetação, mas com possibilidade de alcançar o lençol freático, e possibilidade de incêndio no local.***
>
> *Não se pode deixar de notar (conforme se observou das fotografias) que* ***a via férrea apresentava pouca manutenção, tendo em vista a precariedade em que se encontravam os dormentes que sustentam a via assim como chapas, parafusos, porcas, dentre outros, utilizados para a fixação dos trilhos e dormentes.***
>
> *Por fim, tem-se que a empresa ALL omitiu a comunicação sobre o acidente ao poder Público, presumindo-se a má fé em relação a sua responsabilidade de comunicação aos órgãos competentes. O fato só foi descoberto devido a denúncia anônima, sendo que quando da chegada ao local do acidente a empresa já havia descaracterizado parcialmente o local."* (f. 1.141-1.142 - destacou-se).

3 Autos n. 0001525-22.2015.8.12.0021

Enfim, as provas documentais que instruem a denúncia são aptas a demonstrar justa causa para a instauração da ação penal e o prosseguimento do feito, constatando-se que eventual demonstração cabal "*de técnica ou rigor científico (f. 12)"* deve ser reservada para o curso da ação penal, conforme já exposto em linhas alhures.

Diante desse cenário, conclui-se, ao menos por ora, ser cogente o prosseguimento da ação penal com vistas a apurar a prática do crime previsto no artigo 54 da Lei n.º 9.605/98, por parte da impetrante.

Face ao exposto, com o parecer, deve-se denegar a segurança.

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiado para a próxima sessão em face do pedido de vista do 2º Vogal, após o relator e o 1º Vogal denegarem a segurança.

VOTO (EM 15/04/2020)

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (2º Vogal)

Apresento voto para, com todo respeito ao digno Relator, divergir do seu judicioso posicionamento no caso concreto.

Primeiramente esclareço o entendimento científico que mantenho sobre a impossibilidade de imputação penal às pessoas jurídicas, especialmente em um sistema jurídico criminal tal qual o brasileiro, que diz adotar a teoria finalista da ação. Isto porque, segundo a teoria finalista, só uma ação final pode constituir um delito, e nada mais evidente que às pessoas jurídicas as quais se imputa a prática de crimes, não podem realizar nenhuma ação final, pois esta pressupõe consciência de um fim e vontade de buscar os meios para consegui-lo, e as pessoas jurídicas não possuem, nem consciência nem vontade.

Ao meu sentir, os posicionamentos legislativos e jurisprudenciais, nacionais e estrangeiros, que admitem a possibilidade de prática de ação típica penal por pessoa jurídica, ferem profundamente o sentido garantista que estão na base teórica do delito.

Entretanto, a expansão do Direito Penal se tornou um surto incontrolável, e nesse comportamento, a matéria, infelizmente, terminou por ser superada no Brasil por força de decisões das Cortes Superiores, ainda que contrariando as estruturas que sustentam o Direito nacional. Anoto nesta introdução, que a maioria dos outros povos civilizados ao adotaram a possibilidade de prática penal por pessoa jurídica, o fazem sobre outras bases, como é o caso do Código Penal espanhol que permite consequências acessórias quando o delito é cometido utilizando pessoas jurídicas.

Aos dogmáticos é preciso lembrar que tal comportamento de punir sem auferir "culpabilidade", que como já dito, é impossível fazê-lo em relação às pessoas fictícias, não é simples exercício de retórica, mas acarreta "injustiças" irreparáveis ao ferir profundamente princípios como o da individualização da pena (ao punir muitas vezes, sócios, acionistas e até mesmo funcionários da empresa) fazendo com que a pena ultrapasse a pessoa do autor da ação delitiva. Outro princípio, a este ligado, e que também é severamente agredido é o da não punição por responsabilidade coletiva (tal como punir uma família, uma sala de aula ou um time de futebol, sem que haja a identificação da responsabilidade de cada um), envolvendo punição por fato de outrem.

Tais digressões introdutórias, embora como já dito, lamentavelmente não sejam atualmente acolhidas por nossas Cortes jurisdicionais maiores, servem ao menos para chamar a atenção para a cautela que se deve ter ao aplicar o Direito Penal em relação a fatos produzidos através de pessoas jurídicas. Do contrário se pode cair na esparrela da responsabilidade penal objetiva, própria de regimes autoritários.

Inépcia da denúncia

Ora, se não se pode falar em responsabilidade objetiva no Direito penal brasileiro, que tipo de responsabilidade a denúncia, neste caso concreto, atribui à empresa ré?

De toda a leitura da peça acusatória, não se vê, em momento algum, a indicação de qualquer pessoa física, com capacidade volitiva, que direta ou indiretamente tivesse agido em nome da empresa, e com isso colocado a mesma na condição de acusada neste processo.

No entanto, com todo respeito ao ilustre Relator, mesmo sem qualquer menção na denúncia, constou do voto condutor exarado pelo mesmo:

> *"Do excerto supracitado da exordial,* ***pode-se concluir que o evento danoso decorre evidentemente, de ato do representante da empresa ré****, a qual, por óbvio, se beneficiava da ausência de valores para os reparos da malha ferroviária."* (Grifei)

Ocorre que, a evidência no campo do Direito reside no âmbito da lógica formal, e indica o que está claro para todos e é por todos aceita, sem necessidade de nenhuma comprovação ou demonstração.

Se realmente era tão evidente a existência de um representante da empresa, culpável pelo evento, competia ao Ministério Público identificá-lo desde a denúncia, pois nos crimes de empresas é necessária a demonstração do vínculo do responsável pelo risco causado ao objeto tutelado, e uma conduta efetiva de um representante da sociedade.

Ou seja, compete ao órgão acusador, em sua peça inicial, indicar minimamente o vínculo de algum sócio ou representante da sociedade em relação ao dano penal produzido pela sua ação, ainda que em nome daquela.

Portanto, já por este aspecto é possível reconhecer a inépcia da denúncia, que com sua descrição genérica sobre a autoria da conduta, prejudicou o exercício da ampla defesa.

Mas não só por isso tenho por inepta a denúncia, pois no meu entender ela se descurou de demonstrar a relação de causalidade entre a conduta da ré, ou de seu representante não identificado, e o resultado, dano ambiental.

Lendo atentamente a peça inicial acusatória, verifica-se que ela acusa a empresa ré de se omitir em dar adequada manutenção à rede ferroviária sob sua supervisão e organização, deixando-a em precárias condições, concluindo assim que:

> *"Conforme apurado, durante o transporte, no ponto da via férrea localizado nas proximidades da estação ferroviária 'Gigante'* ***como consequência do estado precário dos trilhos ocorreu o descarrilamento (...)."*** (f. 02-03).(Grifei)

Contudo, essa relação de causalidade *"como consequência do estado precário dos trilhos ocorreu o descarrilamento (...)"* não consta nem do Relatório da Polícia Militar Ambiental (f. 37-40), nem do Laudo Pericial da Polícia Civil (f. 41 - f. 106-115 dos Autos n. 0001525-22.2015.8.12.0021), já que ambos relatam apenas que houve o descarrilamento, e que a ferrovia se encontrava com manutenção precária no local dos fatos.

Portanto, como já dito, há explícita ausência de indicação da relação de causalidade entre o "estado precário" da ferrovia e "o descarrilamento" dos vagões.

Ao que consta, não foi investigada a velocidade do comboio, as manobras do maquinista, as condições do tempo, a existência ou não de obstáculos sobre os trilhos – nada. Há apenas uma presunção ou uma probabilidade, sobre o acidente ter se dado em razão da precariedade da ferrovia. Precariedade, inclusive, anote-se, por oportuno, contrariada pelo longo Relatório Técnico trazido pela ré (f. 98 a 117) se opondo à denúncia.

Anton Pavlovitch Tchékhov, médico e escritor russo (1860-1904), em sua obra "Um negócio fracassado e outros contos de humor", (Tradução de Márcia Ap. Botelho Pereira Soares. Porto alegre: L&PM, 2010, p. 128), conta que – Denis Grigóriev, um pequeno mujique, foi surpreendido pelo vigia de uma estrada de ferro, desatarraxando uma das porcas que prendem os trilhos aos dormentes.

Denunciado, ao ser interrogado pelo juiz, confessou o ato, respondendo humildemente *"que fez aquilo para poder pescar. Era a chumbada"*. Perguntando ainda ao juiz *"Vossa Excelência, dá para pescar sem chumbada? (...) Que serventia tem se a isca fica boiando na superfície? (...). Lá onde eu moro os patrões pescam assim. E nem o moleque mais pequenino vai pescar sem chumbada. É claro que quem não entende nada do assunto vai pescar sem chumbada."*

Isso para dizer que, as causas de um descarrilamento podem ter fontes variadas, inclusive com intervenção de terceiros, como é o caso do mujique que retirava porcas dos dormentes para pescar.

Registro aqui, que segundo Anton, o camponês terminou por ser condenado por crime de perigo, e ao receber a sentença balbuciou: *"É preciso julgar com sabedoria, e não assim de qualquer jeito (...). Podem até açoitar, mas com um motivo, com justiça (...)."*

Nem é preciso dizer que Denis, simples homem do campo não tinha conhecimento da ilicitude do seu ato, mas foi condenado por mero descumprimento da Lei. Injustiças acontecem no mundo todo.

No caso concreto, o acidente ocorreu no ano de 2012, não sendo mais possível realizar qualquer perícia para demonstrar a relação entre a falta de manutenção da ferrovia e o descarrilamento dos vagões. Ao mesmo tempo, está claro que a vistoria e a perícia existentes nos autos, não concluem por essa relação, mas apenas sugerem. Relatam na verdade três fatos: a) falta de manutenção e precariedade da ferrovia; b) descarrilamento do comboio; c) dano ambiental com derramamento de diesel.

Contudo como já dito, embora haja clara relação de causalidade entre o descarrilamento e o vazamento de óleo, não existe verificação direta e objetiva entre a falta de manutenção da rede ferroviária e sua possível precariedade e o descarrilamento.

Pode ter ocorrido, inclusive, apenas um acidente, ou será que o homem chegou à perfeição de evitá-los sempre?

Como explica Roxin (reconhecido como o maior penalista do mundo na atualidade) quando falta a prova científica - natural (perícia) do nexo causal, ela não pode ser substituída por uma convicção subjetiva do juiz pela via da livre valoração da prova. (Causalidade Imputación: Guilhermo Julio Fierro, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 202).

Isso quer dizer não competir ao julgador presumir uma relação de causalidade, quando a ocorrência exige prova científica, que só pode ser feita conclusivamente através de peritos. Do contrário o julgador pode ser conduzido a erro, não só condenando um inocente, como deixando de imputar um culpado.

Enfim, prosseguir com um processo, quando ausente os requisitos principais da imputação, no caso a ausência de indicação do responsável ou responsáveis conscientes pelo resultado final da ação, bem como de prova científica da relação de causalidade entre a ação e o resultado, especialmente por não ser mais possível produzir referida prova durante a instrução processual, outra alternativa não resta senão reconhecer a inépcia da denúncia, determinando o trancamento da ação penal.

Ante o exposto, divirjo do e. Relator, para conceder a segurança, com reconhecimento da inépcia da denúncia, e consequente trancamento da ação penal, prejudicada a matéria sobre a falta de fundamentação da decisão que recebeu a exordial acusatória. É como voto.

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Emerson Cafure. (4º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal.

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, Juiz Lúcio R. da Silveira, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 15 de abril de 2020.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza
Apelação Criminal nº 0000049-91.2016.8.12.0027 – Batayporã

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 – ALMEJADA A REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 231 DO STJ – READEQUAÇÃO DA PENA SUBSTITUTIVA – PRINCÍPIO DA SIMETRIA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Incabível falar em ausência de perigo de dano, pois, neste particular, os relatos acima não deixam dúvidas de que o acusado estava dirigindo em zigue-zague e não tinha controle sobre o veículo, razão pela qual a tese absolutória por ausência de perigo concreto de dano não merece acolhida.

Embora as condutas tipificadas nos artigos 309 e 306, ambos do CTB, tenham sido praticadas no mesmo contexto fático e tutelem o mesmo bem jurídico (incolumidade pública e a segurança viária), 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 embriaguez ao volante.

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*).

Por força da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, mostra-se incabível falar em redução da pena intermediária em patamar aquém do mínimo legal.

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, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator

Campo Grande, 30 de abril de 2020.

Des. Zaloar Murat Martins de Souza - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Trata-se de apelação criminal interposta por Sette Franco de Oliveira contra a sentença de f. 249-256, que o condenou com base no artigo 306 da Lei 9.503/97, às penas de 06 meses de detenção, 10 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo a unidade, e proibição de dirigir veículo automotor, pelo prazo de 02 meses, e, com base no artigo 309 da mesma Lei, à pena de 06 meses de detenção.

Em razões recursais de f. 268-284, a defesa pugna: a) absolver o apelante do delito previsto no artigo 309 do CTB com fundamento no artigo 386, VII do CPP; b) subsidiariamente, absolver o apelante do artigo 309 do CTB com fundamento no artigo 386, III, do CPP, por incidência do princípio da consunção; c) aplicar a atenuante genérica da confissão, cuja incidência foi reconhecida em sentença, para aquém do mínimo legal das respectivas penas-base, em respeito à letra da lei e ao princípio da individualização das penas; d) fixar a pena pecuniária substitutiva em patamar adequado à condição econômica do apelante, em valor inferior a um salário mínimo. Prequestiona a matéria.

O *Parquet*, em contrarrazões de f. 290-303, pugna pelo conhecimento do recurso e, no mérito, por seu total desprovimento. Apresenta prequestionamento.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de f. 315-322, manifesta-se pelo parcial provimento, para diminuir o *quantum* estipulado a título de prestação pecuniária.

VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Sette Franco de Oliveira contra a sentença de f. 249-256, que o condenou com base no artigo 306 da Lei 9.503/97, às penas de 06 meses de detenção, 10 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo a unidade, e proibição de dirigir veículo automotor, pelo prazo de 02 meses, e, com base no artigo 309 da mesma Lei, à pena de 06 meses de detenção.

Em razões recursais de f. 268-284, a defesa pugna: a) absolver o apelante do delito previsto no artigo 309 do CTB com fundamento no artigo 386, VII do CPP; b) subsidiariamente, absolver o apelante do artigo 309 do CTB com fundamento no artigo 386, III, do CPP, por incidência do princípio da consunção; c) aplicar a atenuante genérica da confissão, cuja incidência foi reconhecida em sentença, para aquém do mínimo legal das respectivas penas-base, em respeito à letra da lei e ao princípio da individualização das penas; d) fixar a pena pecuniária substitutiva em patamar adequado à condição econômica do apelante, em valor inferior a um salário mínimo.

O *Parquet* de primeiro grau, em contrarrazões de f. 290-303, pugna pelo conhecimento do recurso e, no mérito, por seu total desprovimento.

O Procurador de Justiça oficiante neste feito, em seu parecer de f. 315-322, manifesta-se pelo parcial provimento, para diminuir o *quantum* estipulado a titulo de prestação pecuniária.

A exordial acusatória (f. 01-03) assim descreve os fatos, *verbis*:

> *"(...)*
>
> *Consta do incluso inquérito policial que, no dia 09 de janeiro de 2016, por volta das 9h19min, na Avenida Antonia Spnosa Mustafá, esquina com a Rua Ceará, Centro, em Batayporã/MS, o denunciado Sette Franco de Oliveira, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, de forma livre e voluntária, sem a devida permissão ou habilitação para dirigir, gerando perigo de dano, conduziu o veículo automotor Parati CL/Volkswagem, de placas CBB-7384, de cor verde, em via pública, estando com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, consoante se depreende do Termo de Constatação de Embriaguez de f. 19.*

Na data dos fatos, os Policiais Militares foram acionados por funcionários da Oficina Mecânica 'Paião', noticiando que no local teria chego uma pessoa muito alterada e visivelmente embriagada, dirigindo um veículo automotor.

Ao se deslocarem até o local indicado, os beleguins foram informados que o agente delitivo já teria se evadido, porém, ao realizarem diligências nas proximidades, os PMs lograram êxito em localizá-lo enquanto dirigia o automóvel em zigue-zague pela via.

Efetuada a abordagem, de pronto foi verificado que o condutor encontrava-se em visível estado de embriaguez, haja vista que o mesmo apresentava, 'fala desordenada, altíssima dificuldade em equilibrar-se de pé, roupas desalinhadas, forte odor etílico e olhos avermelhados', conforme se depreende do Termo de Constatação de Embriaguez de f. 19.

Ainda, foi encontrada no interior do carro, uma garrafa de aguardente, da marca Segredo da Chácara, parcialmente consumida.

Interrogado, o increpado confirmou a prática da conduta delitiva, dizendo, inclusive, que teve sua CNH cassada em outras ocorrências semelhantes (f. 06-com adaptações).

(...)."

Referidos fatos estão evidenciados nas provas produzidas nos autos, *v.g.*, nos depoimentos colhidos no curso da fase extrajudicial e da instrução processual.

É o necessário. Passa-se ao mérito.

Do pleito absolutório em relação ao crime de dirigir sem habilitação gerando perigo de dano.

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 videovisual f. 108), Sette Franco de Oliveira, relatou ter deixado seu carro para arrumar numa oficina e foi até a lanchonete da rodoviária, onde ingeriu bebida alcoólica, ao voltar para buscar o carro se desentendeu com o dono da oficina, pegou seu carro e saiu dirigindo; sobre a garrafa de pinga que estava no carro admitiu tê-la adquirido no dia, mas não tinha bebido, apenas consumiu cerveja umas 5 ou 6, negando, porém, ter dirigido em zigue-zague, confirmou que não tinha CNH pois tinha sido apreendida.

1 LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 7. ed. rev. e atual. 2019. p. 1.454.

Enislei Nogueira Picinin, policial militar em juízo (arquivo áudio visual f. 108) esclareceu que foram acionados pelo funcionário de uma oficina, dizendo ter um cidadão saído de lá bastante alterado e em visível estado de embriaguez num veículo Parati; em diligência, exatamente a duas quadras do local localizaram o indivíduo, sendo constatado que ele não possuía CNH, sequer conseguiu passar seu nome pra gente, diante dos fatos ele foi encaminhado para o destacamento devido ao fato de não termos o etilômetro, mas era visível o estado de embriaguez; visualizaram que o réu estava dirigindo em baixa velocidade e em zigue-zague; indagado sobre os sinais de embriaguez por ele percebido, a testemunha reafirmou a incapacidade do réu em falar o próprio nome, mencionou o forte odor etílico, a existência de uma garrafa de aguardente, onde segundo o próprio réu já havia sido consumido por ele cerca de 200 ml, bem como a confissão do mesmo, juntamente com um menor que o acompanhava, dizendo terem bebido no bar da rodoviária desde bem cedo; por fim, destacou que não houve acidente.

Não destoa a declaração de Irmo Mathias Teixeira, policial militar (arquivo audiovisual f. 108), relatando que foram acionados pela auto peças Paião informando ter chegado um rapaz lá e estava em estado de embriaguez alterado na loja; deslocaram ao local e no trajeto visualizaram ele, seguiram atrás do veículo e perceberam que ele não conseguia nem controlar o veículo; abordamo-lo e notamos que ele não conseguia sair do veículo, tão pouco dizer o nome, assim ele foi conduzido para polícia civil e o carro para o Detran; visualizaram que o autor andava "zigue-zagueando", até demoraram para abordar ele com receio de que ele colidisse com a viatura; confirmou a existência de uma garrafa de aguardente, já consumido em torno de um copo, por fim, mencionou que o próprio acusado confessou ter feito uso bebida alcoólica.

Com a relação à Carteira Nacional de Habilitação, impende destacar que, conforme informações do Detran/MS (f. 209-212), foi cassada em 25 de setembro de 2009 não restando dúvidas de que o mesmo estava sem a devida permissão para dirigir ou habilitação de acordo com art. 309 do Código de Transito Brasileiro.

Ora, como se extrai, os relatos acima não deixam dúvidas de que o acusado estava dirigindo em zigue-zague e não tinha controle sobre o veículo, restando devidamente evidenciado o real perigo ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal em apreço (incolumidade pública e a segurança viária).

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 n. 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 e segurança viária.

Conquanto as condutas tipificadas nos artigos 309 e 306, 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 embriaguez ao volante.

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 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 n. 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.

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.

Do pleito de redução da pena intermediária aquém do mínimo legal.

Consoante acima relatado, o apelante propugna pela minoração da reprimenda intermediária em patamar aquém do mínimo legal em virtude da atenuante da confissão espontânea.

Contudo, não lhes assiste razão.

Por estima a brevidade e celeridade processual, insta frisar que a pretensão recursal vai de encontro ao Enunciado Sumular 231 do Tribunal da Cidadania[3], razão pela qual são desnecessárias maiores digressões sobre a matéria, sendo de rigor o desprovimento do apelo neste ponto diante da impossibilidade de redução da pena intermediária em patamar aquém do mínimo legal.

Nesse sentido:

> *"APELAÇÃO CRIMINAL – RECEPTAÇÃO – PLEITO ABSOLUTÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – FARTO CONJUNTO PROBATÓRIO – DOLO DIRETO COMPROVADO – CIÊNCIA DA ORIGEM ILÍCITA DA COISA RECEPTADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE RELATIVA – REDUÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 231, DO STJ – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE DISPOSITIVOS APONTADOS – 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 de receptação (artigo 180, caput, CP). Nos termos da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, é vedado reduzir a pena abaixo do mínimo legal na segunda fase da dosimetria, ainda que reconhecida a atenuante de confissão espontânea. É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões. Recurso conhecido e improvido. Com o parecer."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0002871-49.2017.8.12.0017, Nova Andradina, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 19/12/2019, p: 08/01/2020).

Desse modo, a sentença também não comporta reparo neste ponto.

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 proibição de dirigir veículo automotor.

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 proibição de dirigir veículo automotor.

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 proibição de dirigir veículo automotor.

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.

3 Súmula 231 do STJ – A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

No que tange aos prequestionamentos, tenho que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada dos dispositivos legais e constitucionais, em razão de terem sido amplamente debatido nos presentes autos.

Diante do exposto, em parte com o parecer, deve-se dar parcial provimento ao recurso interposto por Sette Franco de Oliveira 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) reduzir a prestação pecuniária por força da simetria.

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. 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, 30 de abril de 2020.

***

3ª Câmara Criminal
Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza
Apelação Criminal nº 0002696-44.2011.8.12.0024 – Aparecida do Taboado

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – APROPRIAÇÃO INDÉBITA MAJORADA (ART. 168, § 1º, III, DO CÓDIGO PENAL) – PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – AFASTADA – PLEITO ABSOLUTÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – ALMEJADA A REDUÇÃO DA PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS BEM SOPESADAS – MOTIVAÇÃO IDÔNEA – RECURSO IMPROVIDO.

De acordo com o inciso IV do artigo 109 do Código Penal a prescrição ocorre em oito anos, se o máximo da pena é igual a dois anos ou, sendo superior, não excede a quatro. Ademais, vale registrar que o delito foi cometido antes da vigência da Lei n. 12.234/10, ou seja, a prescrição poderá ter termo inicial data anterior à denúncia. Assim, como o crime de apropriação indébita se consuma quando o agente exterioriza o ânimo de apropriação, que *in casu*, se deu pela recusa da entrega e retenção do valor no momento que foi interpelado pela vítima, não restam dúvidas de que a consumação do delito se efetivou em 03/11/2008 e o recebimento da denúncia ocorreu em 15 de julho de 2015, transcorrendo-se prazo inferior a 08 (oito) anos.

O acervo probatório dos autos não deixa dúvidas de que o apelante, no exercício da profissão de advogado, apropriou-se de valores pertencentes à vítima, realizando o levantamento e deixando de repassar para quem de direito, razão pela qual deve ser confirmada a condenação pelo crime de apropriação indébita majorada.

A pena-base para ser fixada acima do mínimo legal exige fundamentação concreta e vinculada. Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes do próprio tipo penal não podem fundamentar a elevação da reprimenda, pois o princípio do livre convencimento motivado não o permite. No caso em apreço, vislumbra-se que o magistrado singular valorou negativamente a culpabilidade do apelante, devido ao elevado grau de reprovabilidade de sua conduta ao aproveitar-se da situação de vulnerabilidade da vítima, pessoa idosa, com pouco estudo e conhecimento. A valoração das circunstâncias do crime está fundamentada no fato de o réu ter utilizado de meio ardil para ludibriar a vítima, coagindo-a a assinar um fictício recibo de pagamento, sob a alegação de que não o fazendo, nada receberia, ao passo que a vetorial das consequências do crime também deve ser valorada diante do prejuízo exacerbado imposto à vítima, o qual transborda a normalidade do delito. Portanto, devidamente expostas as razões de convencimento do magistrado *a quo* para a exasperação da pena basilar, não há falar em redução desta.

Com o parecer, recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 28 de maio de 2020.

Des. Zaloar Murat Martins de Souza - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza.

Trata-se de Apelação interposta por Francisco Carlos Lopes de Oliveira contra a sentença de f. 347-358, que julgou procedente a denúncia condenando-o à pena 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 38 dias-multa, em regime semiaberto, pela prática do crime descrito no artigo 168, § 1º, III, do Código Penal.

Em suas razões recursais, a defesa, preliminarmente, o reconhecimento da prescrição retroativa e, no mérito, pela sua absolvição ante a ausência de dolo na conduta e, subsidiariamente, o redimensionamento da pena-base ao mínimo legal. (f. 371-378).

Contrarrazões (f. 382-389), o *Parquet*, pugna pelo improvimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 399-412) pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Zaloar Murat Martins de Souza. (Relator)

Trata-se de Apelação interposta por Francisco Carlos Lopes de Oliveira contra a sentença de f. 347-358, que julgou procedente a pretensão contida na denúncia, a fim de condenar o ora apelante à pena 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 38 (trinta e oito) dias-multa, em razão da prática do crime descrito no artigo 168, § 1º, III, do Código Penal.

Em suas razões recursais, a defesa suscita, preliminarmente, a ocorrência da prescrição retroativa. No mérito, postula pela sua absolvição do apelante ante a ausência de dolo na conduta e, subsidiariamente, pela redução da pena-base ao mínimo legal. (f. 371-378).

Contrarrazões do *Parquet* (f. 382-389) pelo improvimento do recurso.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 399-412) pelo desprovimento do recurso.

É o resumo dos fatos, passa-se a análise do mérito.

Segundo consta da denúncia de f. 01-03:

> *"(...) que no dia 03/11/2008, no escritório de advocacia, nesta Comarca de Aparecida do Taboado/MS, o denunciado apropriou-se4 de coisa alheia móvel, pertencente à vítima Maria de Lourdes dos Santos, de que tinha a posse em razão da profissão. Segundo apurado, o denunciado recebeu (sacou) a quantia líquida de R$19.221,84 (dezenove mil, duzentos e vinte e um reais e oitenta e quatro centavos) pertencentes à vítima, referente a valor recebido na ação movida em face ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS (Autos nº 024.01.500047-1) (f. 09). Sabe-se que o denunciado agiu na qualidade profissional de advogado da vítima, motivo pelo qual firmou contrato de prestação de serviço profissional (f. 25-36), tendo como finalidade receber o referido benefício e seus atrasados junto ao INSS, oportunidade em que após sacar o dinheiro não repassou à vítima os valores devidos e recebidos. Consta que o denunciado repassou à vítima apenas o valor de R$6.000,00 (seis mil reais), dispostos em três cheques pré-datados, os quais a vítima se sentiu forçada a receber sob o argumento do denunciado de que seu benefício previdenciário seria suspenso caso recusasse. Verificou-se por fim que o suposto pagamento no valor de R$14.000,00 (quatorze mil reais) constante no recibo de f. 13, não ocorreu, vez que a vítima assinou o mesmo ainda quando estava em branco, ou seja, não preenchido, sendo assinado assim, pois a vítima foi informada que sem a assinatura o benefício não seria concedido (...)."*

Após a instrução processual sobreveio a sentença de f. 347-358, *in verbis*:

"(...) prova dos autos evidencia que o acusado, na condição de advogado da vítima Maria de Lourdes dos Santos – que figurava como parte autora na Ação Previdenciária nº 024.01.500047-1, 2ª Vara de Aparecida do Taboado/MS, retirou alvará judicial para levantamento da importância correspondente a R$ 19.221,84 (dezenove mil, duzentos e vinte e um reais e oitenta e quatro centavos), mais juros e correção monetária, referente ao pagamento do principal, no dia 03.05.2007, conforme f. 12. Por conseguinte, tratando-se de verba atinente ao principal e não aos honorários sucumbenciais, incumbia ao causídico repassar à cliente o correspondente valor, ainda que deduzidos os honorários contratuais. Todavia, assim não procedeu, apropriando-se, indevidamente, do numerário cabente à vítima, na integralidade, durante um ano e seis meses, tempo mais do que suficiente para se aquilatar a intenção de apoderamento do respectivo montante e o inequívoco propósito de assenhoreamento e não restituição à ofendida. Nesse contexto, a testemunha Leandro José Guerra, advogado, asseverou em Juízo que milita em causas previdenciárias e o procedimento que observa quando das retiradas dos alvarás judiciais compreende comunicação à parte beneficiária em período de dias, quando muito, um mês (f. 281). Por sua vez, a vítima Maria de Lourdes dos Santos aduziu que tomou conhecimento do valor a que tinha direito porque resolveu comparecer ao cartório da Vara Judicial, ocasião em que foi informada de que o alvará de levantamento havia sido retirado pelo acusado há mais de ano. Diante disso, procurou o advogado e recebeu o valor de R$ 6.000,00/6.500,00, parceladamente (f. 281). De se ver que o endereço da vítima constante no bojo do alvará judicial, datado de 10.04.2007, do boletim de ocorrência e do termo de comparecimento/declarações perante o Ministério Público, estes datados de 07.11.2010 e 06.10.2010, respectivamente, é o mesmo, vale dizer: Rua Presidente Médici, nº 2060, Aparecida do Taboado/MS (f. 06-07, 09-10 e 12), circunstância que infirma a alegação defensiva de dificuldade de localização da beneficiária da verba principal mencionada, especialmente em se tratando de pequeno município. Ademais, é cediço que para a hipótese de o credor residir em lugar incerto é cabível a consignação, a qual é considerada pagamento e extingue a obrigação, mediante o depósito judicial ou em estabelecimento bancário da coisa devida, nos casos e forma legais, nos termos dos arts. 334 e 335, inciso III, do Código Civil, c/c arts. 539 ss., do Código de Processo Civil. Assim, considerando-se que o acusado é profissional da ciência jurídica e detinha informações técnicas acerca das medidas legais cabíveis, não se valendo delas, resta evidente tratar-se de inércia deliberada e em corroboração ao escopo de apropriação e não restituição do numerário que deveria ser repassado à parte vencedora na ação. Como se não bastasse, a vítima Maria de Lourdes dos Santos, de forma uníssona e coerente, afirmou na fase extrajudicial e em Juízo, que, após ter sido informada em cartório judicial de que o acusado havia retirado o alvará judicial há mais de ano, dirigiu- se ao escritório do causídico e, no dia, 03.11.2008 recebeu o valor de R$ 6.000,00/6.500,00, parceladamente, inclusive foi instada à assinatura de recibo em branco, sob a advertência de que, caso não assinasse, o benefício previdenciário seria suspenso (f. 09-10 e 281). De outro vértice, as alegações defensivas não se sustentam, na medida em que alicerçadas na inverossímil tese de que a vítima recebeu R$ 14.000,00 (quatorze mil reais). Extrai-se tal conclusão porque, além da veemente negativa da ofendida, o documento de f. 16 traz em seu bojo informações incompatíveis entre si, pois, a despeito da colheita da assinatura da vítima, dando a entender que esta passava recibo do valor acima descrito, discriminou que tal numerário se referia à parte dos honorários advocatícios, o que se afigura incongruente, na medida em que a ofendida não titulariza verba sob mencionada referência. Assim, o documento em tela não possui o efeito que a Defesa lhe empresta. Em verdade, mais se coaduna com a asserção de que o causídico estaria a passar recibo do valor de R$ 14.000,00 (quatorze mil reais) à cliente pelos honorários contratuais avençados, o que se amolda, aliás, às declarações de pagamento de, aproximadamente, R$ 6.000,00 (seis mil reais), já que o alvará de levantamento envolvia verba de R$ 19.221,84 (dezenove mil, duzentos e vinte e um reais e oitenta e quatro centavos) que, após juros e correções, afigurar-se-ia passível de atingir o montante de R$ 20.000,00 (vinte mil reais). Nessa ordem de ideais, pouco crível que o advogado, em ato debenevolência, renunciaria a honorários a que faria jus, conforme assinalou em seu interrogatório judicial, tendo em vista que os expressivos percentuais cobrados em tal espécie de ação (50% dos atrasados – pensão por morte) não se coadunam com escopo de renúncia à parcela significativa dos honorários contratuais. Ausente também elemento hábil a demonstrar que a vítima estivesse desprovida de sanidade mental, ao revés, a despeito do longo interstício entre a declaração prestada no Ministério Público

(06.10.2010) e em Juízo (05.09.2018), apresentou versões firmes, seguras, uniformes e dotadas de similitude. Inclusive, limitou-se a questionar o pagamento de forma parcelada do valor que lhe era devido, o que corrobora a simplicidade da ofendida e o seu desinteresse em prejudicar o réu. Destarte, por todas essas razões, é de se conferir credibilidade à palavra da vítima. (...) Firmada a premissa de que a vítima não recebeu R$ 14.000,00 (quatorze mil reais), mas, quando muito, R$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais), conforme declarou em Juízo, a soma dos honorários contratuais devidos, ou seja, 50% dos atrasados referentes à ação de pensão por morte (R$ 19.221,84 : 2 = R$ 9.610,92) e 7 (sete) salários mínimos da ação de amparo social (BPC), ainda que considerados estes na data da restituição parcial – em 03.11.2008 - (R$ 415,00 x 7 = R$ 2.905,00) não equacionam nem mesmo o valor nominal objeto do alvará de levantamento de f. 12, especialmente porque a vítima efetuou pagamentos anteriormente à percepção dos atrasados, os quais o acusado admitiu que foram da ordem de R$ 1.000,00 (um mil reais), consoante comprovantes de f. 14 e interrogatório de f. 281 (aos 03:16). Com efeito, tendo em conta o não repasse à vítima por um ano e meio das verbas que foram sacadas por meio de alvará judicial e, após provocação, restituição de apenas parte do valor devido, ou seja, R$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais), parceladamente, quando o correto seria, ao menos, R$ 7.705,92 (sete mil, setecentos e cinco reais e noventa e dois centavos), sem juros e demais correções incidentes, tenho que configurado o crime de apropriação indébita. (...) Não se deve olvidar, ademais, que o caso vertente envolve pessoa de parcos rendimentos - tanto que havia sido contemplada com o benefício assistencial, idosa e de baixa escolaridade, além de honorários contratuais cobrados em montantes expressivos (50% dos atrasados – pensão por morte e 7 salários mínimos - BPC), de modo que tais condutas, inicialmente, de não repasse do valor levantado, por um ano e meio, e, posteriormente, de restituição parcial, certamente, oneraram sobremaneira o orçamento pessoal e familiar da ofendida, evidenciando-se a concreta gravidade do crime e a relevante lesão ao bem jurídico tutelado. Restou, ainda, inequívoco nos autos que o acusado recebeu o valor objeto do alvará judicial em razão da profissão de advogado, incidindo a causa de aumento de pena tratada no inciso III do § 1º do art. 168, do Código Penal. Por derradeiro, superveniente contratação pela vítima do escritório de advocacia integrado pelo acusado não elide o crime em comento, pois ausente previsão legal que alce tal comportamento à categoria de causa excludente de tipicidade, ilicitude, culpabilidade ou punibilidade, não prosperando a tese defensiva de absolvição. (...) Posto isso, de rigor a condenação do acusado pela prática do crime de apropriação indébita majorado pelo recebimento da res em razão da profissão, previsto no art. 168, § 1º, inciso III, do Código Penal.(...).”

Em síntese, a defesa pugna, preliminarmente pelo reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa. Em atenção ao princípio da eventualidade, busca também pela absolvição do apelante por ausência de dolo em sua conduta e, subsidiariamente, pela neutralização das circunstâncias judiciais valoradas negativamente, de modo a conduzir a pena-base ao mínimo legal.

Da Preliminar

Preliminarmente, a defesa pugna pelo reconhecimento da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, uma vez que os fatos, diversamente do alegado pelo *Parquet*, ocorrem no dia 10/04/2007, com a denúncia apresentada em 08/07/2015 e recebida somente em 15/07/2015, portanto transpassado prazo superior a 08 (oito) anos entre tais marcos interruptivos, operando-se a prescrição retroativa em consideração a pena em concreta de 03 (três) anos e 06 (seis) meses.

Como é curial, nos termos do art. 110, § 1º, do Código Penal, a prescrição depois de transitar em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

Infere-se que o apelante foi condenado à pena de 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

De acordo com o inciso IV do artigo 109 do Código Penal a prescrição ocorre em oito anos, se o máximo da pena é igual a dois anos ou, sendo superior, não excede a quatro.

Ademais, vale registrar que o delito foi cometido antes da vigência da Lei n. 12.234/10, ou seja, a prescrição poderá ter termo inicial data anterior à denúncia.

Contudo, o embate aqui posto repousa no momento da consumação do delito, pois a defesa sustenta ter sido consumado o delito no momento do levantamento dos valores constantes do alvará expedido em favor da vítima, ao passo que o Ministério Público delimita aponta a ocorrência da consumação no momento da ciência e recusa de repasse do valor da vítima.

De fato, assiste razão ao órgão ministerial, haja vista que o crime de apropriação indébita se consuma quando o agente exterioriza o ânimo de apropriação, que *in casu*, se deu pela recusa da entrega e retenção do valor no momento que foi interpelado pela vítima, portanto, a consumação do delito se aperfeiçoou em 03/11/2008.

Assim, os fatos se deram na data de 03 de novembro de 2008 (f. 1) e o recebimento da denúncia ocorreu no dia 15 de julho de 2015 (f. 128), evidenciando-se o decurso de prazo inferior a 08 (oito) anos.

Portanto, rejeita-se a preliminar ofertada.

Do mérito

Do pleito de absolvição

Extrai-se dos presentes autos que o apelante, enquanto advogado da vítima em ação movida em face do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, após levantar o valor em dinheiro fruto do referido feito através de alvará judicial, não repassou o montante devido à titular do direito.

A vítima Maria de Lourdes dos Santos, em juízo (f. 281), declarou ter contratado o apelante para propor ação em desfavor do INSS, visando recebimento de benefício de pensão por morte. Afirma que, em meados do ano de 2008, foi ao cartório da Justiça Federal, onde recebeu a notícia de que o valor depositado em seu nome havia sido levantado por seu advogado há mais de um ano, quando então o procurou para verificar o ocorrido. Disse que o valor depositado era de R$ 19.000,00, mas o apelante lhe repassou a quantia de R$6.500,00, de forma parcelada, em cheques pré-datados, asseverando que foi coagida a aceitar a forma de pagamento, pois o réu alegou que se fosse de outra maneira não conseguiria receber. Ao questionar acerca da diferença, disse que estava impossibilitado de pagar, pois sofreu um "golpe" de uma funcionária. Ao ser questionada sobre o acordo dos honorários, a declarante não soube esclarecer o combinado, porém afirmou que na hora que viesse o valor acumulado o réu descontaria sua parte. Com relação ao recibo de R$ 14.000,00 que assinou na data em que lhe foi repassado os cheques, disse que o fez com o documento em branco.

A testemunha Leandro José Guerra, nada acrescentou sobre os fatos, cingindo seu depoimento somente acerca dos procedimentos processuais de praxe adotados quando do recebimento de quantias depositadas em Juízo a favor dos clientes (f. 281).

O apelante Francisco Carlos Lopes de Oliveira, em juízo (f. 281), confirmou que efetuou o levantamento do valor constante do alvará judicial, esclarecendo que ao ser procurado pela vítima lhe repassou a quantia de R$14.000,00, em dinheiro, colhendo o recibo que consta dos autos. Nega ter repassado valor inferior ao devido, tampouco realizado o parcelamento da referida quantia como alegado pela vítima, destacando que a mesma não tem suas faculdades mentais íntegras.

Pois bem. O crime de apropriação indébita caracteriza-se quando o agente apropria-se de coisa alheia móvel de que tenha a posse ou a detenção, sem clandestinidade, violência ou induzimento a erro, ou seja, com o consentimento não viciado da vítima, preexistindo a posse justa, com vontade de não restituí-la, ou desviá-la da finalidade para a qual a recebeu.

Das provas carreadas aos autos, restou demonstrada a materialidade do delito e a autoria delitiva, não prosperando a tese defensiva de ausência de provas e dolo.

No caso em tela, houve o dolo de apropriar-se indevidamente na conduta do advogado que levantou o valor depositado em juízo, em nome do cliente, e dele se apossou por mais de um ano e meio.

Ao tomar conhecimento dos fatos, a vítima procurou o apelante para receber a quantia que lhe era devida, tendo o mesmo lhe coagido a receber valor à menor, colhendo assinatura em recibo de pagamento em branco.

Vê-se que os relatos da vítima foram harmônicos e coesos em ambas as fases processuais, mesmo que transcorrido cerca de uma década entre tais oitivas, mostrando-se verossímil as suas alegações.

Por sua vez, o mesmo não ocorreu com o depoimento do réu, não conseguindo demonstrar a contento como chegou ao valor que diz ter repassado à vítima, levando a crer que procedeu desconto em seus honorários por acordo verbal momentâneo, persuadido pelos parcos recursos da vítima.

Assim, depreende-se às f. 12-13, documentos que comprovam que o advogado Franscisco Carlos Lopes de Oliveira sacou os valores correspondentes à ação em favor da Sra. Maria de Lourdes dos Santos em maio de 2007, e, como profissional, tinha o dever de repassar tais valores à beneficiária.

Contudo, o referido repasse só ocorreu em novembro de 2008 após a interpelação da vítima e de forma irregular, isto é, não integral e parcelada.

Assim, inobstante os argumentos dispendidos pela defesa, o dolo do apelante restou configurado pelo decurso do prazo em que permaneceu com os valores levantados sem manifestar o interesse em transferi-los a quem de direito, configurando o *animus rem sibi habendi.*

Neste contexto, restou evidenciado o dolo na conduta do agente, consistente na deliberada intenção de apropriar-se indevidamente de coisa alheia móvel, da qual detinha a posse direta e sob confiança em virtude da profissão, subsumindo-se o fato ao tipo penal contido no artigo 168, § 1º, III, do Código Penal.

Assim, mostra-se impositiva a manutenção da sentença recorrida.

Da redução da pena-base

Subsidiariamente, pugna a defesa pelo afastamento da valoração das circunstâncias judiciais, ao argumento de que foram arrimadas em considerações genéricas, abstratas e integrantes do próprio tipo penal.

Ao estabelecer a reprimenda base acima do mínimo legal, o juiz fundamentou a sua elevação nos seguintes termos, *verbis*:

> *"(...) 1ª Fase - Circunstâncias Judiciais: a* ***culpabilidade*** *exorbita a normal reprovabilidade da conduta, na medida em que praticado em desfavor de pessoa portadora de inúmeras vulnerabilidades, notadamente econômica, técnica e informacional, avultando-se a censurabilidade do comportamento criminoso. As* ***circunstâncias do crime*** *são negativas, pois praticado em contexto de ofensa a outros bens jurídicos, inclusive com a errônea transmissão de informação de que, caso a vítima se recusasse à assinatura do recibo (f. 16), teria suspenso o benefício previdenciário. As* ***consequências do crime*** *são igualmente desfavoráveis, tendo em vista que implicou relevante prejuízo financeiro à ofendida, pessoa em situação de miserabilidade e que, anteriormente à percepção da pensão por morte, recebia benefício de prestação continuada, observando-se, ainda, que houve a restituição apenas parcial dos valores atinentes ao principal, os quais já haviam sido consumidos, em maior medida, pelos honorários contratados. As demais circunstâncias judiciais não são desfavoráveis. Assim, em obediência aos critérios fixados no art. 59, do Código Penal e* ***considerando a presença de três circunstâncias judiciais negativas (culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime), fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 25 (vinte e cinco) dias-multa.*** *(...)."* (Destacou-se)

Vê-se que o magistrado singular exasperou a pena-base valorando negativamente a culpabilidade, as circunstâncias e as consequências do crime.

Por certo, a pena-base para ser fixada acima do mínimo legal exige fundamentação concreta e vinculada. Considerações genéricas, abstrações ou dados integrantes do próprio tipo penal não podem fundamentar a elevação da reprimenda, pois o princípio do livre convencimento motivado não o permite.

Nesta toada, a culpabilidade, enquanto circunstância judicial elencada no *caput* do artigo 59 do Código Penal, deve ser graduada e corresponde ao nível de censura que o ato merece.

Conforme ensina Ricardo Augusto Schimit[1], *"a circunstância judicial atinente à culpabilidade se relaciona à censurabilidade da conduta, medindo o seu grau de reprovabilidade diante dos elementos concretos disponíveis no caso em julgamento."*

No caso em apreço, vislumbra-se que o magistrado singular valorou negativamente a culpabilidade do apelante, devido ao elevado grau de reprovabilidade de sua conduta ao aproveitar-se da situação de vulnerabilidade da vítima, pessoa idosa, com pouco estudo e conhecimento.

Veja o entendimento externado pelo STJ:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL – DOSIMETRIA – CULPABILIDADE – EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE – ABUSO DE CONFIANÇA – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – VÍTIMA MAIS VULNERÁVEL – ELEVADO PREJUÍZO MORAL E FINANCEIRO – ALEGADO DISSÍDIO – AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO – REQUISITO INARREDÁVEL – INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE DISSÍDIO – ACÓRDÃOS EMBARGADO E PARADIGMA QUE TRATARAM, RESPECTIVAMENTE, DE MAIOR REPROVABILIDADE DE ABUSO DE CONFIANÇA CONTRA VÍTIMA MAIS VULNERÁVEL (IDOSO) E ABUSO DE CONFIANÇA INERENTE À CONDUTA DO FRAUDADOR PERANTE DIRETORES – CONCLUSÕES DISTINTAS AO ANALISAREM CASOS ABSOLUTAMENTE DISTINTOS – CASUÍSMO – EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA LIMINARMENTE INDEFERIDOS – DECISÃO MANTIDA EM SEUS PRÓPRIOS TERMOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*
>
> *1. Ausência do indispensável cotejo analítico: Os embargos de divergência devem indicar, com clareza e precisão, as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, nos termos do art. 1.043, § 4º, do novo Código de Processo Civil e do art. 266, § 4º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, o que não ocorreu no presente caso. (AgRg nos EREsp 1.328.012/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 26/09/2018, DJe 02/10/2018).*
>
> *2. Ademais, vê-se que inexiste o alegado dissídio jurisprudencial. O acórdão embargado, reafirmando o que decidira o Tribunal a quo, destacou, no ponto, que,* ***'levando em conta a extrema culpabilidade do réu, que se utilizou da confiança obtida para ludibriar uma pessoa idosa, e o elevado prejuízo moral e financeiro causado pelo delito, tenho que a pena-base deve ser elevada para dois anos e seis meses de reclusão. E, convalidando a análise do acórdão recorrido, consignou: o acréscimo da pena-base no tocante à culpabilidade, ao contrário do concebido pelo recorrente, possui motivação idônea, encontrando respaldo na jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, que reputa existente dolo mais intenso quando praticado o crime com abuso de confiança, sobretudo de vítima mais vulnerável [pessoa idosa]'.*** *3. O acórdão paradigma, por seu turno, trouxe situação fático-jurídico diversa, qual seja, o Recorrente, que exercia cargo de importância e gozava de confiança dos demais diretores da empresa, valeu-se do 'abuso desta mesma confiança' para fraudar pareceres, a fim de obter liberação indevida de valores do Tribunal Regional do Trabalho. Entendeu a Turma Julgadora, naqueles autos, que 'o engodo, a fraude, são inerentes ao delito em questão e, no caso, somente o recorrente, na função exercida, poderia fazê-lo'. 4. O caso paradigmático em nada se parece com a situação do acórdão embargado, deveras distinta, notadamente em razão da maior vulnerabilidade da vítima [pessoa idosa], circunstância que extrapola as elementares ínsitas ao tipo penal em questão, merecendo, por isso, maior reprovabilidade, como foi feito.*

1 SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**. 13. ed. Salvador: JusPodivm. p. 128.

5. Agravo regimental desprovido." (AgRg nos EREsp 1695872/PE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 26/06/2019, DJe 02/08/2019) (Destacou-se)

Em face às circunstâncias do crime[2], são avaliados os *"elementos acidentais não participantes da estrutura do tipo, embora envolvendo o delito. Quando expressamente gravadas na lei, as circunstâncias são chamadas de legais (agravantes e atenuantes, por exemplo). Quando genericamente previstas, devendo ser formadas pela análise e pelo discernimento do juiz, são chamadas de judiciais."*

Neste contexto, vê-se que o réu utilizou-se de meio ardil para ludibriar a vítima, coagindo-a a assinar o recibo de pagamento, sob a alegação de que não o fazendo, nada receberia, sendo evidente que o referido *modus operandi* transborda as circunstâncias comuns ao tipo penal da apropriação indébita, de modo a autorizar o recrudescimento da pena basilar.

No que tange às consequências do crime, esta circunstância judicial se relaciona com o mal causado pelo crime, transcendendo o resultado típico.

In casu, a vítima é pessoa de parcos recursos, sendo inolvidável a ocorrência de prejuízo exarcerbado, não tendo ocorrido a restituição integral dos valores devidos à vítima, motivo pelo qual a sentença também deve ser preservada neste ponto.

Neste sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – ROUBO – DESCLASSIFICAÇÃO – RECEPTAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ – CONDENAÇÕES – MAUS ANTECEDENTES – UTILIZAÇÃO – POSSIBILIDADE – PREJUÍZO EXACERBADO – PENA-BASE – ELEVAÇÃO – POSSIBILIDADE – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*
>
> *1. O Tribunal a quo, com apoio nos elementos fático probatórios, concluiu que a conduta perpetrada pela acusada subsume-se ao crime de roubo imputado, de forma que a inversão do julgado, acolhendo-se o pleito desclassificatório, demandaria amplo revolvimento das provas dos autos, o que não se admite na via do recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7/STJ.*
>
> *2. A jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de que as condenações alcançadas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, inciso I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem a configuração de maus antecedentes.*
>
> ***3. Os fundamentos, que foram utilizados para majorar a pena-base dos três acusados pelas consequências do crime, mostram-se idôneos ao fim de justificar o incremento da pena-base com apoio na referida vetorial, porquanto alicerçados em elementos concretos dos autos que desbordam o tipo penal incriminador, evidenciando maior reprovabilidade da conduta.***
>
> ***4. Esta Corte compreende que o valor do prejuízo, nos crimes patrimoniais, pode ser considerado para elevar a pena-base quando o prejuízo se revelar exacerbado, transcendendo as consequências normais descritas para o tipo penal violado, tal qual verificado na espécie.*** *Nesse entendimento: AgRg no HC 416.091/RJ, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 05/02/2019, DJe 14/02/2019).*
>
> *5. Agravo regimental improvido."* (AgRg no REsp 1840016/CE, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 03/03/2020, DJe 09/03/2020) (destacou-se)

Salienta-se, por fim, que o patamar de exasperação das referidas circunstâncias se mostra razoável e proporcional ao caso.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forensse, 2020. p. 634.

Portanto, devidamente expostas as razões de convencimento do magistrado *a quo* para a exasperação da pena basilar, não há que se falar em afastamento das referidas circunstâncias.

Quanto ao prequestionamento levantado, a matéria foi amplamente debatida, sendo prescindível a indicação pormenorizada de dispositivos legais.

Diante do exposto, com o parecer, deve-se negar provimento ao recurso interposto por Francisco Carlos Lopes de Oliveira, mantendo-se incólume a decisão proferida pelo magistrado singular.

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. 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, 28 de maio de 2020.

***

1ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli
Apelação Criminal nº 0000412-85.2015.8.12.0036 – Inocência

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E ADEQUAÇÃO SOCIAL – IMPOSSIBILIDADE – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE OCORRIDA A MAIS DE 5 ANOS – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA FINS DE MAUS ANTECEDENTES – PENA-BASE REDUZIDA – FRAÇÃO DE AUMENTO ADOTADA NA SEGUNDA FASE DE DOSIMETRIA DA PENA – AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL – RÉU QUE APRESENTA A MAIORIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS – REINCIDENTE NÃO ESPECIFICO – REGIME INICIAL SEMIABERTO – POSSIBILIDADE SUBSTITUIÇÃO EX-OFFÍCIO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA PENA RESTRITIVA DE DIREITO – MEDIDA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL E SUFICIENTE PARA ATENDER AO CRITÉRIO PUNITIVO E DE RESSOCIALIZAÇÃO DO SENTENCIADO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Nos termos da Súmula 502, do STJ: *"Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de exporá venda CDs e DVDs piratas."*

De acordo com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao crime de violação de direito autoral: *"a prática não pode ser considerada socialmente tolerável haja vista os expressivos prejuízos experimentados pela indústria fonográfica nacional, pelos comerciantes regularmente estabelecidos e pelo Fisco, fato ilícito que encerra a burla ao pagamento de impostos."*

De acordo com o entendimento firmado pelo STF *"Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana."*

No caso em tela, um dos processos indicados na sentença não pode ser considerado para fins de antecedentes, uma vez que a pena foi extinta a mais de cinco anos antes da prática do novo delito. Demais disso, uma vez que o *quantum* ideal de valoração de cada circunstância judicial não se trata de fórmula absoluta e tendo em vista o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, haja vista a pouca gravidade do delito em tela, mostrou-se devida a redução da pena-base.

Não se vislumbra o interesse recursal do apelante, que pugnou para que fosse aplicada a fração de 1/6 na segunda fase de dosimetria, na medida em que esta foi a fração aplicada na sentença.

Na escolha do regime inicial de cumprimento da pena devem ser observados três fatores, a saber: a reincidência, o *quantum* da pena aplicada e as circunstancias judiciais do art. 59, do Código Penal. No caso em análise, o réu foi condenado a uma pena bastante inferior a quatro anos, sendo que não é reincidente específico, inclusive se trata de crime anterior, com transito posterior ao delito em tela, e a maioria das circunstâncias judiciais lhe são favoráveis. Assim, dada a interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal, bem como com a Súmula 269, do STJ, mostra-se admissível a fixação do regime semiaberto.

Nos termos do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *HC* 436.307/SP, *"a simples reincidência do apenado, descolada da avaliação pormenorizada de ser ou não a medida de substituição da prisão recomendável para o caso concreto, não obsta o benefício da sanção alternativa."*

A substituição de pena é admitida inclusive ao reincidente, tanto que o art. 44, § 3º, do Código Penal permite a concessão da benesse, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendada e a reincidência não tenha se operado em razão da prática do mesmo delito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por maioria, nos termos do voto do relator, deram parcial provimento ao recurso e, de ofício, substituíram a pena privativa de liberdade. Vencido o vogal.

Campo Grande, 15 de junho de 2020.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Robson Fabricio de Sena Pinheiro (f. 267-279), contra a sentença às f. 220-226, que julgou procedente a denúncia, para condenar o apelante pela prática do crime previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 146 (cento e quarenta e seis) dias-multa.

Requer a reforma da sentença, para que seja absolvido por atipicidade da conduta, em face ao princípio da insignificância e adequação social.

Subsidiariamente, defende que a pena-base deve ser aumentada em apenas 1/8 (um oitavo) da pena mínima prevista para o tipo penal e na segunda fase de dosimetria deve ser utilizada a fração de 1/6 (um sexto).

Por fim, requer que o regime inicial para cumprimento de pena seja fixado no semiaberto.

O Ministério Público apresentou contrarrazões às f. 283-289, manifestando-se pelo desprovimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 299-309, opinando pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de apelação criminal interposta por Robson Fabricio de Sena Pinheiro (f. 267-279), contra a sentença às f. 220-226, que julgou procedente a denúncia, para condenar o apelante pela prática do crime previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 146 (cento e quarenta e seis) dias-multa.

Vejamos parte da sentença recorrida:

> *"(...)*
>
> *Cuida-se de ação penal pública em que se imputa ao réu a prática do delito previsto* ***no artigo 184, § 2º., do Código Penal****, pois, em tese, em 4-6-2015, por volta das 15 h 30 min., na Rua Quatro de Abril, n. 105, no Bairro Vila Rica, nesta cidade de Inocência-MS,* ***com o intuito de lucro direto ou indireto, manteve em depósito cópia de obra intelectual reproduzida com***

violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente. *Na denúncia, narrou-se que o réu, na data citada, foi flagrado quando mantinha em depósito 367 'DVDs piratas', os quais estavam expostos à venda.*

Após compulsar os autos, com ênfase à prova produzida, verifica-se que a materialidade delitiva restou sobejamente comprovada pelos elementos de informação colhidos durante a fase inquisitorial e pelas provas produzidas na fase processual, notadamente o Auto de Prisão em Flagrante (f. 4-5), o Boletim de Ocorrência (f. 17-18), Termo de Declaração de Testemunha (f. 6-10), Interrogatório (f. 11), Auto de Apreensão (f. 19), Fotografia (f. 21), Laudo Pericial (f. 35-59), bem como pelos depoimentos colhidos em juízo (f. 141 e f. 163).

A autoria também é certa e recai sobre a pessoa do réu. Com efeito, não pairam dúvidas nos autos de que o réu praticou o crime que lhe é imputado. Isso ressai dos depoimentos colhidos. Ou seja, há um conjunto harmônico que demonstra a autoria. O réu não compareceu em juízo, para interrogatório (f. 141).

A testemunha, Policial Civil, ***José Teodoro de Souza****, em seu depoimento judicial (f. 141), ratificou seu depoimento prestado na 'fase policial' (inquérito, f. 7), de maneira que atestou que o réu,* ***com o intuito de lucro direto ou indireto, manteve em depósito cópia de obra intelectual reproduzida com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.*** *Depôs que, em diligência policial, o denunciado foi preso em flagrante quando mantinha em depósito os 'DVDs' apreendidos.*

Igualmente, os policiais militares ***Silvio Elias Santana*** *e* ***Júlio César Barbosa Cordeiro****, corroboraram, em juízo (f. 141 e f. 163), a versão supramencionada. Afirmaram que encontraram, com o réu, vários 'DVDs' falsificados.*

Desse modo, o conjunto probatório coligido aos autos é suficiente a demonstrar, sem margem de dúvida, que o réu, ***com o intuito de lucro direto ou indireto, manteve em depósito cópia de obra intelectual reproduzida com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.***

De mais a mais, não há falar em atipicidade da conduta, porquanto não se reconhece a adequação social quanto ao tipo estabelecido pelo art. 184, § 2º., do CP.

Em caso ***análogo****, citem-se os seguintes arestos:*

'PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – VENDA DE CD E DVD PIRATAS – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL – IMPOSSIBILIDADE – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – AGRAVO DESPROVIDO. (...) 2. Consoante jurisprudência pacificada deste Superior Tribunal de Justiça, não se aplica o princípio da adequação social à conduta de vender cd's e dvd's falsificados, sendo, portanto típica, formal e materialmente, nos termos do artigo 184, § 2º, do Código Penal. 3. Agravo regimental de f. 336-342 (e-STJ) não provido. Agravos regimentais de f. 343-349, 350-356 e 357-363 (e-STJ) não conhecidos por serem reiterações do primeiro'. *(STJ. Quinta Turma. AgRg no REsp n. 1351687. AC. Ministro Relator Ribeiro Dantas. Julgado em 10-10-2017).*

'PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – OFENSA AO ART. 184, § 2°, DO CP – OCORRÊNCIA – EXPOSIÇÃO À VENDA DE 142 DVD'S E 31 CD'S 'PIRATAS' – ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA – PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL E DA INSIGNIFICÂNCIA – INAPLICABILIDADE – AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de considerar típica, formal e materialmente, a conduta prevista no artigo 184, § 2º, do Código

Penal, afastando, assim, a aplicação dos princípios da adequação social e da insignificância. 2. Agravo regimental a que se nega provimento'. *(STJ. Sexta Turma. AgRg no AREsp n. 301.609. AC. Ministra Relatora Alderita Ramos De Oliveira. Julgado em 15-8-2013).*

Logo, as provas produzidas neste processo, sob o crivo do contraditório, somadas aos elementos colhidos no curso do inquérito policial, permitem formar a culpa do réu, de modo que sua condenação é medida que se impõe.

Portanto, as teses da Defesa Técnica não vingam nestes autos.

Passo à dosimetria da pena do réu e consectários.

Atento ao método trifásico de fixação da pena, com vista aos artigos 59 e 68 do Código Penal, passo à fixação da pena.

Na primeira fase, verificam-se as circunstâncias judiciais.

Não militam em desfavor do réu a ***culpabilidade, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e consequências*** *do crime e o* ***comportamento da vítima****. Todavia, os* ***antecedentes*** *do réu devem ser valorados negativamente, pois verifica-se que ele possui 2 (duas) outras condenações criminais (Feito de n. 0008361-06.2018.8.12.0021 e de n. 0006392-73.2006.8.12.0021, f. 213-219). Assim, fixo a pena-base em* ***2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão e 53 (cinquenta e três) dias-multa.***

Na segunda fase da dosimetria, não há qualquer circunstância atenuante. Contudo, presente a agravante da reincidência, porque, no mínimo, o réu já foi condenado com trânsito em julgado, conforme se constata do Processo-Crime de n. 0001040-71.2005.8.12.0021, que gerou a Execução Penal de n. 0007218-16.2017.8.12.0021 (fato ocorrido em 2-3-2005, com trânsito em julgado em 12-8-2014, sem extinção da punibilidade ainda, considerada esta data de 11-9-2019), com a nota de que o fato objeto deste Feito n. 0000412-85.2015.8.12.0036 ocorreu em 4-6-2015. Ao ensejo, é salutar ressaltar que, no caso, não há falar em bis in idem, pois, para efeitos de maus antecedentes, este Juízo valorou outras condenações do réu. ***Assim, fixo a pena provisória em 2 (dois) anos e 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 146 (cento e quarenta e seis) dias-multa.***

Na terceira fase, verificam-se as circunstâncias legais caracterizadoras de causa de aumento e de diminuição de pena. Na referida fase, não verifico a existência de causas de aumento ou de diminuição. Dessa maneira, fixo a ***pena definitiva em 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 146 (cento e quarenta e seis) dias-multa****.*

De acordo com o artigo 33, § 2°, do CP, o regime inicial, em tese, deve ser o fechado na medida em que o réu é reincidente. Todavia, considerado só o montante da pena, que é inferior a 4 anos (artigo 33, § 2°, alínea 'c', do CP), o regime inicial aplicável seria o aberto. Diante da singularidade dessa situação, o e. STJ ponderou a situação, ao estabelecer a Súmula 269, segundo a qual 'é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais'. No caso, o regime inicial deve ser o ***fechado****, porque as circunstâncias judiciais não são favoráveis ao réu.*

Como o réu é reincidente em crime doloso, são descabidos os benefícios dos artigos 44 e 77 do Código Penal.

Fixo o valor unitário do dias-multa em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. O valor deverá ser monetariamente corrigido desde a data do fato.

Portanto, a denúncia prospera, mas nesses termos.

Isso posto, *julgo procedente a denúncia, para condenar o réu* ***Robson Fabricio de Sena Pinheiro,*** *qualificado nos autos, pela prática do crime do artigo 184, § 2º., do Código Penal, à pena definitiva de 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 146*

(cento e quarenta e seis) dias-multa, em regime inicial fechado, SEM concessão dos benefícios da substituição ou sursis, como motivado.

Por força do artigo 387, IV, do CPP, deve-se fixar indenização mínima. Mas, deixo de arbitrá-la, pois não houve pedido expresso na inicial.

(...).” (G.n.)

Passo à análise do recurso.

Da atipicidade da conduta

O apelante alega atipicidade da conduta, em face ao princípio da insignificância e adequação social.

Pois bem. No caso, consta que na frente da casa do apelante havia uma placa com a inscrição “DVD 2,00 REAL”, sendo que ao entrarem no local os policiais constataram a existência de uma caixa, com centenas de DVDs piratas.

De início, ressalto que meu entendimento pessoal é no sentido de ser aplicável o princípio da insignificância a casos semelhantes, por tratar-se de conduta de ínfima importância e cuja conduta é socialmente aceita, visto que muitas pessoas, de todas as classes sociais, não manifestam qualquer interesse em coibir a venda; pelo contrário, contribuem para disseminação dessa prática, seja para obter arquivos (como filmes) pela internet, seja na medida em que adquirem tais produtos “piratas”.

Aliás, trata-se de fato corriqueiro nas cidades brasileiras, onde pessoas marginalizadas pelo mercado de trabalho, vítimas de um sistema econômico pernicioso, que gera milhões de desempregados, acabam tendo que optar por esse tipo de comércio, muitas vezes como único meio de subsistência, auferindo pequenas rendas pela venda de mídias contendo materiais que, não raro, já estão amplamente disponíveis na rede mundial de computadores (*internet*).

Outrossim, por certo o legislador não visou abarcar situações como a versada nos autos quando moldou o tipo penal descrito no art. 184, § 2º, Código Penal, uma vez que ofenderia ao princípio constitucional da proporcionalidade pretender condenar alguém a pena corporal de 02 (dois) a 04 (quatro) anos de reclusão, diante de conduta de tão diminuto potencial ofensivo. O combate, se é esse o real escopo, deveria se voltar contra aqueles que são os verdadeiros responsáveis pela disseminação de conteúdos ilegais; ou seja, gigantescas corporações econômicas que produzem, fabricam, fornecem e distribuem esses materiais em todo o mundo e que lucram substancialmente com essa atividade (e não propriamente o desempregado que sem outro meio de subsistência para manter a si e sua família vende a R$2,00 o produto).

Como quer que queiram e seja como for, não se pode ignorar o posicionamento dos Tribunais Superiores acerca da matéria.

Trata-se de matéria sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça.

“Súmula 502, do STJ: Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de exporá venda CDs e DVDs piratas.”

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento que: *“a prática não pode ser considerada socialmente tolerável haja vista os expressivos prejuízos experimentados pela indústria fonográfica nacional, pelos comerciantes regularmente estabelecidos e pelo Fisco, fato ilícito que encerra a burla ao pagamento de impostos.”*

Confira-se:

“EMENTA – PENAL E PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL – COMPETÊNCIA DO SUPREMO

*TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF. ART. 102, I, 'D' E 'I' – ROL TAXATIVO – MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO – ORGANICIDADE DO DIREITO – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL (ART. 184, § 2º, DO CP) – ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA COM RESPALDO NO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL – IMPROCEDÊNCIA DA TESE DEFENSIVA – NORMA INCRIMINADORA EM PLENA VIGÊNCIA – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – POSSIBILIDADE – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IGUAL OU INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS – REGIME INICIAL ABERTO (ART. 33, § 2º, C, DO CP) – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO – VIABILIDADE – BIS IN IDEM – INOCORRÊNCIA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS – VEDAÇÃO – UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL – IMPOSSIBILIDADE – HABEAS CORPUS EXTINTO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. **1. O princípio da da adequação social reclama aplicação criteriosa, a fim de se evitar que sua adoção indiscriminada acabe por incentivar a prática de delitos patrimoniais, fragilizando a tutela penal de bens jurídicos relevantes para vida em sociedade. 2. A violação ao direito autoral e seu impacto econômico medem-se pelo valor que os detentores das obras deixam de receber ao sofrer com a 'pirataria', e não pelo montante que os falsificadores obtêm com a sua atuação imoral e ilegal. 3. Deveras, a prática não pode ser considerada socialmente tolerável haja vista os expressivos prejuízos experimentados pela indústria fonográfica nacional, pelos comerciantes regularmente estabelecidos e pelo Fisco, fato ilícito que encerra a burla ao pagamento de impostos**. 4. In casu, a conduta da paciente amolda-se ao tipo de injusto previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, porquanto comercializava mercadoria pirateada (CD's e DVD's de diversos artistas, cujas obras haviam sido reproduzidas em desconformidade com a legislação). (...)."* (*HC* 120994, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 29/04/2014, Processo Eletrônico DJe-093 Divulg 15-05-2014 Public 16-05-2014). (G.n.)

*"EMENTA – DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL – RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL EM HABEAS CORPUS (CRFB, 102, II, a) – CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL (CP, ART. 184, § 2º) – VENDA DE CD'S E DVD'S 'PIRATAS' – ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA POR FORÇA DOS PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL – IMPROCEDÊNCIA DA TESE DEFENSIVA – NORMA INCRIMINADORA EM PLENA VIGÊNCIA – RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO. **1. Os princípios da insignificância penal e da adequação social reclamam aplicação criteriosa, a fim de evitar que sua adoção indiscriminada acabe por incentivar a prática de delitos patrimoniais, fragilizando a tutela penal de bens jurídicos relevantes para vida em sociedade. 2. O impacto econômico da violação ao direito autoral mede-se pelo valor que os detentores das obras deixam de receber ao sofrer com a 'pirataria', e não pelo montante que os falsificadores obtêm com a sua atuação imoral e ilegal. 3. A prática da contrafação não pode ser considerada socialmente tolerável haja vista os enormes prejuízos causados à indústria fonográfica nacional, aos comerciantes regularmente estabelecidos e ao Fisco pela burla do pagamento de impostos.** 4. In casu, a conduta da recorrente amolda-se perfeitamente ao tipo de injusto previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, uma vez foi identificada comercializando mercadoria pirateada (100 CD's e 20 DVD's de diversos artistas, cujas obras haviam sido reproduzidas em desconformidade com a legislação). 5. Recurso ordinário em habeas corpus não provido."* (RHC 115986, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, Processo Eletrônico DJe-160 Divulg 15-08-2013 Public 16-08-2013). (G.n.)

No mesmo sentido, é o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – VENDA DE CD E DVD PIRATAS – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL – IMPOSSIBILIDADE – DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – AGRAVO DESPROVIDO. 1.Não há ofensa ao princípio da colegialidade

quando o relator, com fundamento no art. 557, caput, do Código de Processo Civil/1973, aplicável subsidiariamente no âmbito penal, negou seguimento ao recurso em virtude da decisão impugnada estar em consonância com jurisprudência dominante da Corte Suprema ou de Tribunal Superior. ***2. Consoante jurisprudência pacificada deste Superior Tribunal de Justiça, não se aplica o princípio da adequação social à conduta de vender cd's e dvd's falsificados, sendo, portanto típica, formal e materialmente, nos termos do artigo 184, § 2º, do Código Penal.*** *3. Agravo regimental de f. 336-342 (e-STJ) não provido. Agravos regimentais de f. 343-349, 350-356 e 357-363 (e-STJ) não conhecidos por serem reiterações do primeiro."* (AgRg no REsp 1351687/AC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/10/2017, DJe 18/10/2017). (G.n.)

"PENAL E PROCESSO PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – MATERIALIDADE COMPROVADA – PERÍCIA REALIZADA NOS ELEMENTOS EXTERNOS – POSSIBILIDADE – ACÓRDÃO RECORRIDO CONTRÁRIO AO ENTENDIMENTO DOMINANTE DO STJ – PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL – NÃO APLICAÇÃO – AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. 'É suficiente, para a comprovação da materialidade do delito previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, a perícia realizada, por amostragem, sobre os aspectos externos do material apreendido, sendo desnecessária a identificação dos titulares dos direitos autorais violados ou de quem os represente'. (REsp 1456239/MG, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 12/08/2015, DJe 21/08/2015) ***2. A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de considerar típica, formal e materialmente, a conduta prevista no art. 184, § 2º do Código Penal, afastando, assim, a aplicação do princípio da adequação social, de quem expõe à venda CDs e DVDs 'piratas'. (HC 208.015/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 10/12/2015) .*** *3. Agravo regimental a que se nega provimento."* (AgRg no REsp 1624133/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/10/2016, DJe 08/11/2016). (G.n.)

Este Tribunal, seguindo a linha de entendimento firmada pelas Cortes Superiores, também já se pronunciou em casos análogos:

"EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO – VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS – ATIPICIDADE – NÃO CONFIGURADA – PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA E DA ADEQUAÇÃO SOCIAL – INAPLICÁVEIS – EMBARGOS CONHECIDOS E NÃO ACOLHIDOS, COM O PARECER. ***Descabe, em casos desse jaez, absolvição à luz do princípio da adequação social, máxime diante da Súmula nº 502 do Superior Tribunal de Justiça, somando-se a isso que, sem adentrar no discurso concernente à realidade sócio-econômica deste país, e das medidas administrativas a serem desenvolvidas pelos poderes públicos, fato é que, mesmo no mercado informal, cidadãos igualmente desprovidos de razoável situação financeira empenham-se em atividades outras que não configuram ilícito penal. As supostas dificuldades financeiras não podem se transformar em instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas. Inaplicável o princípio da insignificância, ante a relevância do bem jurídico atingido, de valor inestimável aos criadores das obras artísticas falsificadas. O evento danoso que contra os direitos autorais atenta, não deve ser analisado tão somente pelo prisma da estimativa econômica, ou valorado sob a quantidade apreendida, e sim frente à efetiva lesão ao bem jurídico protegido, que não é meramente patrimonial.*** *O perigo que a lei pretende obstar em situações desse jaez não é somente o individual, mas, sobretudo, o coletivo. 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, embargos conhecidos e rejeitados."* (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000367-65.2012.8.12.0043, São Gabriel do Oeste, 2ª Seção Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 14/03/2018, p: 16/03/2018) (G.n.)

"EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES – VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS – VENDA DE 180 CÓPIAS DE CD's e 211 CÓPIAS DE DVD's FALSIFICADOS – ATIPICIDADE – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E ADEQUAÇÃO SOCIAL – INAPLICABILIDADE –

EMBARGOS REJEITADOS. ***I - De acordo com o entendimento pacífico do STJ (Súmula 502) é típica a conduta de comercializar cópias contrafeitas de CD's e DVD's. Não se pode tolerar uma conduta, que embora contumaz, viola seriamente os direitos autorais, além de causar prejuízos ao Fisco, à indústria fonográfica nacional e aos comerciantes regularmente estabelecidos.*** *Com o parecer, rejeito os embargos infringentes.)."* (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0049340-17.2011.8.12.0001, Campo Grande, 1ª Seção Criminal, Relator (a): Des. Dorival Moreira dos Santos, j: 19/07/2017, p: 28/07/2017). (G.n.)

"EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE – VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – ATIVIDADE INTELECTUAL NÃO MENSURÁVEL – INAPLICABILIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA – NÃO PROVIMENTO. ***Quando da análise de violação do direito autoral (art. 5º, XXII, da Constituição Federal) afasta-se a aplicação do princípio da insignificância, uma vez que, não é a quantificação arbitrária e subjetiva quanto ao número de cópias expostas à venda que caracteriza a conduta criminosa, mas a ofensa da atividade intelectual não mensurável.*** *Embargos Infringentes e de Nulidade a que se nega provimento ante o acerto do acórdão que manteve a condenação do acusado."* (TJMS. Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0002761-15.2010.8.12.0011, Coxim, Seção Criminal, Relator (a): Des. Carlos Eduardo Contar, j: 08/02/2017, p: 08/03/2017). (G.n.)

Destarte, seguindo a linha de entendimento firmada pelo STJ e pelo STF, não há que se falar em atipicidade da conduta, razão pela qual mantenho os termos da sentença invectivada.

Da dosimetria da pena

O apelante defende que a pena-base deve ser aumentada em apenas 1/8 (um oitavo) da pena mínima prevista para o tipo penal e na segunda fase de dosimetria deve ser utilizada a fração de 1/6 (um sexto).

Pois bem. Como se verifica da sentença objurgada, o apelante foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 184, § 2º, do CP, cuja pena prevista é de 02 (dois) a 04 (quatro) anos de reclusão e multa.

No que se refere à pena-base, o juízo *a quo* valorou negativamente os antecedentes criminais, sob o fundamento de que o apelado possui duas condenações anteriores (Autos n. 0008361-06.2018.8.12.0021 e Autos n. 0006392-73.2006.8.12.0021), tendo, assim, fixado a pena-base em 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão e 53 (cinquenta e três) dias-multa.

Ao que se verifica, o juízo *a quo,* considerando a existência de duas ações, exasperou a pena-base na fração de 1/8 (um oitavo), sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador.

Entretanto, importa observar que em relação à condenação nos Autos n. 0006392-73.2006.812.0021, em consulta ao SAJ de primeiro grau, verifica-se que o réu teve sua pena extinta por sentença proferida em 11/12/2009, encontrando-se arquivado definitivamente desde a data de 26/04/2010. Assim, na data do delito apurado nos presentes autos (04/06/2015), é certo que já havia decorrido o prazo quinquenal depurador previsto no art. 64, I, do CP, de modo que não pode ser considerado para fins de maus antecedentes.

Aliás, acerca do tema o STF decidiu que *"Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana. 5. Direito ao esquecimento."* (*HC* 126315, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 15/09/2015, Processo Eletrônico DJe-246 Divulg 04-12-2015 Public 07-12-2015).

Assim, considerando que um dos processos indicados na sentença não pode ser considerado para fins de antecedentes, bem como que o *quantum* ideal de valoração de cada circunstância judicial não se trata de fórmula absoluta e tendo em vista o princípio da proporcionalidade e razoabilidade, haja vista a pouca gravidade do delito em tela, entendo por bem reduzir a pena-base para 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

Por oportuno, transcrevo parte da lição de Ricardo Augusto Schmitt, acerca da matéria:

> *"Contudo, apesar de existir um patamar ideal para valoração das circunstâncias judiciais (1/8), que, logicamente, revelar-se-á mutável (no que tange ao valor a ser empregado) durante o processo de aplicação da pena-base para delitos diferenciados, não é possível estabelecermos um único critério para a primeira fase que se mostre absoluto e definitivo, pois, além das particularidades concretas de cada delito (direito penal do fato) e de cada agente (direito penal do autor), teremos a continuidade do próprio sistema de aplicação da sanção penal definitiva, pois a dosagem da pena não se encerra nesta primeira etapa, eis que outras duas fases ainda terão que ser observadas pelo julgador. (...)."* (Sentença penal condenatória. 11. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 204).

No que diz respeito à segunda fase de dosimetria, o juízo, tomando por referência a pena-base fixada na sentença (02 anos e 03 meses e 53 dias-multa) majorou a pena para 02 (dois) anos e 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 146 (cento e quarenta e seis) dias-multa, em razão da reincidência (Autos n. 0001040-71.2005.8.12.0021). Logo, percebe-se que na segunda fase, foi adotada fração ideal de 1/6 (um sexto), haja vista que o referido percentual corresponderia a 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias. Destarte, neste ponto o apelante carece de interesse recursal.

Entretanto, tento em vista a redução da pena-base, nos termos acima expostos, para 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão e 11 (onze) dias-multa, na segunda fase de dosimetria, aplicando-se a fração de 1/6 (um sexto), a pena intermediária resta fixada em 02 (dois) anos, 05 (cinco) meses e 05 (cinco) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa, que diante da inexistência de causas de aumento ou diminuição a serem consideradas na terceira fase, razão pela qual resta definitiva.

Do regime de cumprimento de pena

Por fim, no que diz respeito ao regime inicial para cumprimento de pena, o juízo *a quo* justificou a fixação do regime fechado, nos seguintes termos:

> *"De acordo com o artigo 33, § 2°, do CP, o regime inicial, em tese, deve ser o fechado na medida em que o réu é reincidente. Todavia, considerado só o montante da pena, que é inferior a 4 anos (artigo 33, § 2°, alínea 'c', do CP), o regime inicial aplicável seria o aberto. Diante da singularidade dessa situação, o e. STJ ponderou a situação, ao estabelecer a Súmula 269, segundo a qual '**é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais'. No caso, o regime inicial deve ser o fechado, porque as circunstâncias judiciais não são favoráveis ao réu.**
>
> *Como o réu é reincidente em crime doloso, são descabidos os benefícios dos artigos 44 e 77 do Código Penal."* (G.n.)

Pois bem. O art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, dispõe que:

> ***"Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.***
>
> ***(...)***
>
> *§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:*
>
> *a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;*

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.

(...).” (G.n.)

Como se vislumbra, de acordo com o dispositivo legal acima, na escolha do regime inicial de cumprimento da pena devem ser observados três fatores, a saber: a reincidência, o *quantum* da pena aplicada e as circunstancias judiciais do art. 59, do Código Penal.

No caso em análise, o réu foi condenado a uma pena bastante inferior a quatro anos, sendo que não é reincidente específico, inclusive se trata de crime anterior, com transito posterior ao delito em tela, e a maioria das circunstâncias judiciais lhe são favoráveis. Assim, dada a interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal, bem como com a Súmula 269, do STJ[1], mostra-se admissível a fixação do regime semiaberto.

No mesmo sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PENAL E PROCESSUAL PENAL – EMBRIAGUEZ NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO – RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO – MAUS ANTECEDENTES – REGIME INICIAL SEMIABERTO – POSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA – INVIABILIDADE – DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ***1. Nos termos do art. 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal, ainda que a pena aplicada seja inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, não há ilegalidade na fixação do regime inicial semiaberto ao condenado reincidente e possuidor de maus antecedentes, como ocorreu no caso em apreço.*** *2. A reincidência específica do Recorrente obsta a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, § 3.º, do Código Penal. 3. Agravo regimental desprovido.”* (AgRg no AREsp 1600297/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 17/12/2019, DJe 04/02/2020). (G.n.)

“PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL – NÃO CABIMENTO – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO – DOSIMETRIA – ANOTAÇÃO CRIMINAL COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO CRIME EM APURAÇÃO – MAUS ANTECEDENTES – POSSIBILIDADE – PENA REDIMENSIONADA – REGIME SEMIABERTO – ADEQUADO – MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS (ART. 33, §§ 2º E 3º, DO CP) – WRIT NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) V ***- Quanto ao regime prisional, a presença de maus antecedentes (anotação por fato anterior com trânsito em julgado posterior ao presente processo) indica que o regime o semiaberto mostra-se mais adequado para o resgate da reprimenda no presente caso, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.*** *VI - Inviável o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da falta de requisitos para concessão da benesse (maus antecedentes), nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal. Habeas Corpus não conhecido.* ***Ordem concedida de ofício para redimensionar a pena do paciente para 3 (três) anos de reclusão e fixar o regime semiaberto para resgate da pena,*** *mais pagamento de 10 (dez) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.”* (*HC* 462.100/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 25/09/2018, DJe 02/10/2018). (G.n.)

Posto isso, em interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2.º e 3.º, do Código Penal, e Súmula 269, do STJ, entendo que o regime semiaberto se mostra mais adequado ao caso concreto.

1 “É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.”

Outrossim, é certo que o art. 44, § 3º, do CP, prevê a possibilidade de aplicação da substituição da pena aos casos de reincidência, exigindo-se para tanto o preenchimento de dois requisitos, a saber: que a medida seja socialmente recomendável e que o agente não seja reincidente específico, levando em consideração os contornos fáticos e as peculiaridades do processo.

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *HC* 436.307/SP, manifestou no sentido de que *"a simples reincidência do apenado, descolada da avaliação pormenorizada de ser ou não a medida de substituição da prisão recomendável para o caso concreto, não obsta o benefício da sanção alternativa."*

Aliás, confira-se a ementa do julgado citado acima:

> *"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO – NÃO CABIMENTO – IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA – POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO – DOSIMETRIA – SEGUNDA FASE – RECONHECIMENTO DA REINCIDÊNCIA – COMPROVAÇÃO – INVIÁVEL REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO – CERTIDÃO CARTORÁRIA – DESNECESSIDADE – REGIME INICIAL SEMIABERTO – ADEQUAÇÃO – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS – REINCIDÊNCIA – SÚMULA N.º 269/STJ – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – ART. 44, § 3.º, DO CP – POSSIBILIDADE – REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA – AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA QUANTO A SER A MEDIDA NÃO SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL – CONSTRANGIMENTO ILEGAL – PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – ART. 147 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL – PROIBIÇÃO EXPRESSA – AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO STF – HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.*
>
> *(...)* ***na hipótese, a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não está devidamente justificada. Isso, porque o Tribunal local não procurou demonstrar o porquê de não ser recomendável a substituição, tendo em vista as circunstâncias delineadas no caso concreto, além da reincidência. Vale dizer, ao contrário do que entendeu a instância a quo, a reincidência não específica, de modo isolado, não evidencia a insuficiência das penas alternativas (art. 44, § 3.º, do Código Penal).***
>
> *Considerando a ausência de manifestação expressa da Corte Suprema e o teor do art. 147 da LEP, não se afigura possível a execução da pena restritiva de direitos antes do trânsito em julgado da condenação. Precedentes.*
>
> *De qualquer forma, no caso das penas restritivas de direitos, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça manteve o entendimento de que não cabe execução provisória antes do trânsito em julgado, nos termos do art. 147 da Lei de Execução Penal. Precedentes.*
>
> *Habeas corpus não conhecido.* ***Ordem concedida, de ofício, para substituir a pena privativa de liberdade imposta ao paciente por duas sanções restritivas de direitos, a critério do juiz singular, e para determinar que somente seja iniciado o seu cumprimento após o trânsito em julgado da condenação.****"* (*HC* 436.307/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/08/2018, DJe 24/08/2018). (G.n.)

No mesmo sentido, confira-se outros precedentes da Corte Superior:

> *"PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – LESÃO CORPORAL CULPOSA NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR – SÚMULA 691/STF – FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA – DOSIMETRIA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – POSSIBILIDADE – REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA – CRIME CULPOSO – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS – IDADE AVANÇADA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO – WRIT NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte possui entendimento pacificado no sentido de que não cabe habeas corpus contra decisão que indefere pedido liminar, salvo em casos de flagrante ilegalidade ou teratologia da decisão impugnada (Súmula 691/STF). 2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim*

de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, por exigirem revolvimento probatório. ***3._O art. 44, I, do Código Penal estabelece que será admitida a conversão da pena corporal por restritiva de direitos se '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'. 4. A substituição de pena é admitida inclusive ao reincidente, tanto que o art. 44, § 3º, do Código Penal permite a concessão da benesse, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendada e a reincidência não tenha se operado em razão da prática do mesmo delito. 5. Tratando-se de paciente reincidente não específico, com idade avançada, condenado pela prática do delito culposo, cuja pena imposta, inclusive, foi fixada bem aquém dos 4 anos, com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, deve ser reconhecida a viabilidade da concessão da benesse prevista no art. 44 do Código Penal. 6. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, confirmando a liminar anteriormente concedida, substituir a pena privativa de liberdade imposta ao paciente por uma restritiva de direitos, a ser definida pelo Juízo da Execução.***" (*HC* 445.824/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018) (G.n.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – RÉU REINCIDENTE EM CRIME DIVERSO – PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL – SANÇÃO INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO – POSSIBILIDADE – MEDIDA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL – SÚMULA 7/STJ – RECURSO DESPROVIDO. ***1. A substituição de pena é admitida inclusive ao reincidente, tanto que o art. 44, § 3º, do Código Penal permite a concessão da benesse, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendada e a reincidência não tenha se operado em razão da prática do mesmo delito (ut, HC 445.824/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 1º/8/2018)*** *2. In casu, a pena privativa de liberdade aplicada não é superior a 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça e, embora seja o apelante reincidente, não ostenta nenhuma circunstância judicial desfavorável e a condenação anterior não se deu em face do mesmo crime. 3. Ademais, as instâncias de origem concluíram que a substituição da pena seria suficiente e adequada à repressão e prevenção do crime, premissa que não pode ser alterada em recurso especial, ante o óbice do Enunciado n. 7 da Súmula deste Tribunal. 4. Agravo regimental improvido."* (AgInt no AgRg nos EDcl no AREsp 1390012/MS, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/02/2019, DJe 19/02/2019) (G.n.)

No caso concreto, o apelante foi condenado nas penas do art. 184, § 2º, do CP, por estar mantendo em depósito em sua residência DVDs piratas, para comercialização. Contudo, no caso em tela, verifica-se que a maioria das circunstâncias judiciais são favoráveis ao apelante, o referido delito não representa qualquer periculosidade social, sendo que a pena ora fixada é muito inferior a quatro anos, o apelante não é reincidente especifico, a substituição da pena privativa de liberdade por um restritiva de direitos, figura como medida socialmente recomendada e suficiente para atender ao caráter punitivo e de ressocialização do sentenciado.

Posto isso, *ex-officio*, substituo a pena privativa de liberdade por 01 (uma) pena restritiva de direitos, que deverá ser indicado pelo juízo da execução da pena.

Ante todo o exposto, conheço do recurso de apelação e lhe dou parcial provimento, para o fim de reduzir a pena-base, nos termos acima expostos, restando a pena definitiva fixada em 02 (dois) anos, 05 (cinco) meses e 05 (cinco) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa, a ser cumprida em regime semiaberto, ficando, ainda, substituída a pena privativa de liberdade por 01 (uma) pena restritiva de direitos, que deverá ser indicado pelo Juízo da Execução da Pena. Mantendo os demais termos da sentença invectivada.

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira. (Revisor)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Emerson Cafure. (Vogal)

Conforme relatado, trata-se de apelação criminal interposta por Robson Fabricio de Sena Pinheiro em face da sentença que julgou procedente a denúncia para condená-lo pela prática do crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, à pena de 2 anos, 7 meses e 15 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 146 dias-multa, à razão mínima.

O apelante requereu a absolvição por atipicidade da conduta, em face ao princípio da insignificância e adequação social. Subsidiariamente, pugnou pela redução da pena-base, adoção da fração de 1/6 pela incidência da agravante da reincidência e fixação do regime inicial semiaberto.

O d. relator, Juiz José Eduardo Neder Meneghelli, deu parcial provimento para tão-somente reduzir a pena-base, readequando a pena final para 2 anos, 5 meses e 5 dias de reclusão e 12 dias-multa. Ainda, de ofício, substituiu a pena privativa de liberdade por 1 restritiva de direitos.

Em detida análise do feito, acompanho o relator para rejeitar a tese de atipicidade da conduta e declarar a ausência de interesse recursal quanto a adoção da fração de 1/6 na segunda fase da dosimetria. Quanto ao mais, porém, ouso dissentir.

Em relação à pena-base, entendo que as duas condenações referidas pelo sentenciante são aptas a configurar maus antecedentes criminais, pois, para tal fim, é irrelevante o período depurador.

Saliento, por oportuno, que foi adotado patamar de elevação de 1/8 sobre o intervalo da pena em abstrato, o qual é amplamente aceito pela doutrina e pela jurisprudência e revelou-se suficiente e necessário para a prevenção e reprovação do delito.

Ainda que assim não fosse, tal proceder é discricionário e leva em consideração a análise qualitativa das circunstâncias judiciais, podendo o julgador atribuir maior ou menor importância a determinadas circunstâncias judiciais, com o fim de atender ao princípio da individualização da pena, o que de fato ocorreu.

De outro lado, no que se refere ao regime prisional, muito embora a reprimenda privativa de liberdade tenha restado inferior a 4 anos de reclusão, trata-se de réu reincidente e portador de maus antecedentes, o que desabona sensivelmente sua conduta e obsta a concessão do regime inicial mais brando do que o que lhe fora fixado na sentença (semiaberto), devendo ser mantido o fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do CP.

Pela mesma razão, considero que a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se mostra socialmente recomendável.

Ante o exposto, com o parecer e divergindo em parte do e. relator, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença recorrida.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, nos termos do voto do relator, deram parcial provimento ao recurso e, de ofício, substituíram a pena privativa de liberdade. Vencido o vogal.

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, Juiz Lúcio R. da Silveira e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 15 de junho de 2020.

***

1ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli
Apelação Criminal nº 0000905-75.2019.8.12.0051 – Itaquiraí

EMENTA – ESTELIONATO – PEDIDO DE CONVERSÃO DO FEITO EM DILIGÊNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – INDEFERIDO.

Nada obstante estar previsto no Código Penal, o § 5º, do artigo 171, CP trata de requisito de procedibilidade, ou seja, matéria eminentemente processual, porquanto diz respeito, estritamente, à propositura de ação penal relativa ao delito de estelionato. Logo, aplica-se o princípio do *tempus regit actum*, ou seja, o tempo rege a ação, não havendo que se falar em retroatividade da norma, principalmente se quando da entrada da Lei 13.964/2019, a ação penal já fora recebida e sentenciada.

APELO DEFENSIVO – PLEITO ABSOLUTÓRIO – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS – AFASTADO – REDIMENSIONAMENTO DA PENA BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS – INACOLHIDO – PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – INACOLHIDO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Não há que se falar em insuficiência probatória se restou comprovado que ambos apelantes concorreram para o tipo penal previsto no artigo 171, CP, porquanto induzira as vítimas a erro (afirmou que era retorno de juros e pegou assinatura em contrato de empréstimo). Após obtinha vantagem ilícita (pegava 40% dos valores liberados).

Não há que se falar em alteração da pena base, porquanto as circunstâncias judiciais foram corretamente valoradas.

Quanto à circunstância judicial da culpabilidade, bem se observa que os réus foram condenados pelo tipo penal previsto no artigo 171, § 4º, Código Penal, o qual estabelece causa de aumento de pena em razão da idade das vítimas (pessoa maior de 70 anos), ou seja, trata de critério fisiológico estabelecido pelo legislador (faixa etária). Referido fato não se confunde com o fundamento utilizado pelo sentenciante (pessoa aposentada). Isto porque nem toda pessoa que tenha idade superior a setenta anos de idade não é necessariamente aposentada, assim como nem todo aposentado pode ser considerado idoso (maior de 70 anos). Por consequência afasta-se referido argumento. Ademais há provas suficientes quanto aos rendimentos das vítimas.

Quanto à circunstância judicial "circunstâncias do delito", inexiste quaisquer *bis in idem*, eis que como se observa da sentença, o ponto negativador da circunstância foi o *modus operandi* com a utilização de uma empresa que, aparentemente era legal e que dava ares de maior confiança às vítimas.

Não há que se falar em reconhecimento de atenuante (confissão), eis que a apelante nega ter levado as vítimas a erro, dando ares de legalidade ao seu proceder, o qual seria uma mera "comissão" pela realização de um trabalho lícito (intermediação de um empréstimo)

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, negaram provimento ao recurso e não conheceram da petição que veiculava pedido de revogação de prisão.

Campo Grande, 22 de junho de 2020.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Adriana da Silva e Geferson Marcilon Marques, devidamente qualificados nos autos, interpõem Apelação Criminal, em desfavor à sentença de f. 1255- 1282, que acolheu a pretensão acusatória e os condenou *"como incurso nas sanções do art. 171, caput, por quatro vezes, do art. 171, § 4º, por quatorze vezes, e do artigo 171, § 4º, c.c. art. 14, inciso II, todos do Código Penal e absolvê-los das sanções descritas no art. 244-B do ECA e no art. 288, parágrafo único, Código Penal, nos termos do art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal"*, bem assim fixou a pena de Geferson em 8 (oito) anos 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 100 (cem) dias-multa e a de Adriana em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 66 (sessenta e seis) dias-multa.

Nas razões recursais de f. 1341-1358, requerem a reforma da sentença para o fim de, em relação ao apelante Geferson, sua absolvição por ausência de provas cabais à condenação. Em relação à Adriana, que só há provas suficientes quanto aos delitos perpetrados contra as vítimas Jose Almiro Pinheiro de Lima, Maria Rosa da Silva, Raul Alvino Schuffner e Maria do Carmo Schuffner, devendo ser absolvida dos demais delitos, por insuficiência probatória. Alternativamente, pugna pelo redimensionamento da pena base, afastando-se a circunstância judicial negativada e recalculando-se a pena de forma proporcional, bem assim que seja reconhecido a atenuante da confissão espontânea para a apelante Adriana. Prequestiona, ao final.

O Ministério Público Estadual, ao apresentar as contrarrazões (f. 1365-1379):

> *"requer o conhecimento do recurso de Apelação interposto, pois presentes os requisitos, mas, quanto ao mérito, requer seja negado provimento nos termos acima expostos, mantendo-se incólume a respeitável sentença recorrida, como medida de inteira Justiça. De outro giro, reitera-se o pleito de conversão do feito em diligência, a fim de que as vítimas menores de 70 anos sejam intimadas a comparecerem em juízo, em prazo razoável, para apresentarem a representação legal atualmente exigida. Outrossim, opina-se para que conste no mandado citatório a informação de que o não comparecimento em juízo, dentro do aprazado, acarretará presunção do desinteresse da parte ofendida no prosseguimento do feito."*

No parecer exarado às f. 1396-1426, a Procuradoria Geral de Justiça opina pelo conhecimento e improvimento total do recurso de apelação interposto pelos réus.

Na petição de f. 1428-1438, o apelante Geferson requer *"a revogação da prisão preventiva com aplicação de medidas cautelares diversa da prisão, com compromisso de comparecer a todos os atos processuais que for intimado."*

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Adriana da Silva e Geferson Marcilon Marques, devidamente qualificados nos autos, interpõem Apelação Criminal,em desfavor à sentença de f. 1255- 1282, que acolheu a pretensão acusatória e os condenou *"como incurso nas sanções do art. 171, caput, por quatro vezes, do art. 171, § 4º, por quatorze vezes, e do artigo 171, § 4º, c.c. art. 14, inciso II, todos do Código Penal e absolvê-los das sanções descritas no art. 244-B do ECA e no art. 288, parágrafo único, Código Penal, nos termos do art. 386, inciso II, do Código de Processo Penal"* e em razão dos seguintes fatos narrados na denúncia (f. 121-5):

> *"Fato 01.*

Consta dos autos do Inquérito Policial que desde dezembro do ano de 2018 até o dia 22 de maio de 2019 (data da prisão dos investigados), no estabelecimento Brasil Cred, situado na Rua Campo Grande, nº 1312, Centro, desta cidade e comarca, Geferson Marcilon Marques e Adriana da Silva, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, sob a forma de continuidade delitiva, obtiveram, para si, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ao erro, mediante ardil, as vítimas José Almiro Pinheiro de Lima, Raul Alvino Schuffner, Nercina Candida da Silva Machado, Enedina Souza Santos, Deusdete Rodrigues dos Santos, Rosa Fernandes Pinto, Maria Rosa da Silva, Leonor Vilela Beraldo, Rozalina Cordeiro de Souza, Maria do Carmo Schuffner, Raimundo Benedito da Silva, Cleusa Cassimiro da Silva, Maria das Graças Santos Pereira e Francisco Justino da Silva, sendo todas as vítimas pessoas idosas.

Fato 02.

Constata-se ainda que, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar acima descritos, Geferson Marcilon Marques e Adriana da Silva, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, sob a forma de continuidade delitiva, obtiveram, para si, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ao erro, mediante ardil, as vítimas Maria de Lourdes Coelho Costa, Marineis Carrilho da Silva, Maria Aparecida da Silva e Maria Aparecida da Silva Santos, pessoas não idosas.

Fato 03.

Depreende-se também que, em data desconhecida até o momento, no mesmo lugar descrito nos Fatos 01 e 02, os Denunciados, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, tentaram obter, para si, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ao erro, mediante ardil, a vítima José Gervasio da Silva.

Fato 04.

Verifica-se também que, do dia 11 de março de 2019 até o dia 21 de maio de 2019, na mesma circunstância de lugar acima descrita, os Denunciados, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, corromperam, por diversas vezes, menor de 18 anos, com ele praticando infração penal e induzindo-o a praticá-la.

Fato 05.

Por fim, constata-se que, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar descritas no 'Fato 04', os Denunciados, cientes da ilicitude e reprovabilidade de suas condutas, associaram-se em três pessoas, para o fim específico de cometer crimes, com participação de adolescente.

Do contexto fático.

Pois bem. Em análise aos autos, verifica-se que os Denunciados são proprietários do estabelecimento denominado Brasil Cred, que tinha por finalidade aparente 'conceder empréstimos para aposentados, pensionista, funcionários públicos estaduais, federais e pessoal' e, além disso, conforme se apurou, buscavam a redução de juros abusivos de consignados de pessoas aposentadas.

No entanto, de acordo com o apurado anexo, o estabelecimento era, na realidade, um meio para ludibriar as vítimas aposentadas (idosas em sua maioria). A empreitada funcionava da seguinte forma: as vítimas compareciam ao escritório do casal para revisar taxas de juros abusivas supostamente cobradas pelas instituições financeiras, mas, em vez disso, os investigados, - de posse dos dados pessoais das vítimas - realizavam um novo contrato de empréstimo sem o consentimento daquelas.

Após os valores (referentes ao novo empréstimo) serem depositados nas contas das vítimas, os denunciados diziam que tais numerários eram referentes à correção da taxa de

juros do financiamento e/ou da regularização do financiamento existente. Não bastasse, os acusados cobravam a quantia de 40% dos valores creditados nas contas das vítimas, afirmando que a cobrança era referente ao 'serviço' que fizeram para com o banco a fim de ser realizado o 'ressarcimento'.

As vítimas eram mantidas em erro, não sabendo que se tratava de um novo empréstimo, até o mês subsequente, quando o valor referente à parcela de tal empréstimo restava descontada dos valores da aposentadoria.

Cumpre mencionar que, até o apurado, foram praticados s 15 (quinze) estelionatos contra pessoas maiores de 60 (sessenta) anos, sendo uma na forma tentada, e 04 (quatro) estelionatos contra pessoas não idosas (menores de sessenta anos).

Ao ensejo, pode se verificar, ainda, que a empreitada delitiva dos Denunciados foi realizada com apoio de uma terceira pessoa (Sara de Souza dos Santos), menor de idade, a qual exercia funções necessárias para o cometimento dos crimes, consoante as informações colhidas no Inquérito Policial.

Tanto a autoria quanto a materialidade dos crimes estão demonstradas, por ora, pelo Boletim de Ocorrência (f. 13-14), Documentos (f. 15-18), Autos de Apreensão (f. 43-44 e 50-51), Relatório de Busca e Apreensão (f. 52-53), Mandado de Busca e Apreensão (f. 54), Relatório de Investigação (f. 58-60), Fotografias (f. 61-62), e pelos depoimentos colhidos durante a investigação policial."

Após os regulares tramites procedimentais, sobreveio da dita sentença condenatória que fixou a pena de Geferson em 8 (oito) anos 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 100 (cem) dias-multa e a de Adriana em 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 66 (sessenta e seis) dias-multa.

Inconformados, interpõem o apelo defensivo pugnando pela reforma da sentença para o fim de, em relação ao apelante Geferson, sua absolvição por ausência de provas cabais à condenação. Em relação à Adriana, que só há provas suficientes quanto aos delitos perpetrados contra as vítimas Jose Almiro Pinheiro de Lima, Maria Rosa da Silva, Raul Alvino Schuffner e Maria do Carmo Schuffner, devendo ser absolvida dos demais delitos, por insuficiência probatória. Alternativamente, pugna pelo redimensionamento da pena base, afastando-se a circunstância judicial negativada e recalculando-se a pena de forma proporcional, bem assim que seja reconhecido a atenuante da confissão espontânea para a apelante Adriana.

Por uma questão de lógica no enfrentamento das questões deduzidas, passo preambularmente, ao enfrentamento do pedido de revogação da prisão preventiva do apelante Geferson Marcilon Marques às f. 1428-1439.

Pois bem. Tenho que o mesmo não há como ser conhecido, sob pena de ocorrer clara supressão de instância.

É que, nada obstante o feito esteja em fase de análise recursal, o pedido de revogação da prisão preventiva não foi requerido ou mesmo analisado pelo juízo de primeira instância, não podendo, portanto, esta Corte se manifestar sobre a questão sob pena de afronta às competências funcionais.

Desta feita, tenho que é caso de se deixar de analisar o mérito do pedido de f. 1428-1439, devendo o requerente formular sua pretensão perante o juízo competente para sua análise, como expressamente já se consignou na decisão de f. 1393-1394.

Por seu turno, em contrarrazões, o Ministério Público Estadual requer que o feito seja convertido em diligência para o fim de *"as vítimas menores de 70 anos sejam intimadas a comparecerem em juízo, em prazo razoável, para apresentarem a representação legal atualmente exigida."*

Razão alguma lhe assiste. Explico.

Com efeito, como expressamente lembrado pelo *"Parquet, após a redação dada pela Legislação Federal n. 13.964/2019 (com vigência a partir de 23 de janeiro de 2020), passou a exigir ao crime de estelionato, como regra, requisito formal de procedibilidade."*

Referido requisito de procedibilidade foi incluído pela Lei 13.964/2019, ao incluir o § 5º, ao artigo 171, do Código Penal, que adotou a seguinte redação:

> *"§ 5º Somente se procede mediante representação, salvo se a vítima for: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)*
>
> *I - a Administração Pública, direta ou indireta;*
>
> *II - criança ou adolescente;*
>
> *III - pessoa com deficiência mental; ou*
>
> *IV - maior de 70 (setenta) anos de idade ou incapaz."*

Vê-se, portanto, que, nada obstante a questão esteja prevista no Código Penal, trata-se de "requisito de procedibilidade", ou seja, matéria eminentemente processual, porquanto diz respeito, estritamente, à propositura de ação penal relativa ao delito de estelionato. Aplica-se, por consequência, o princípio do *tempus regit actum*, ou seja, o tempo rege a ação.

Referido princípio, que determina a aplicação imediata das normas processuais, sem efeito retroativo, é estampado no art. 2º do CPP: *"A lei processual penal aplicar-se-á desde, sem prejuízo dos atos realizados sob a vigência da lei anterior."*

Ou seja: não há efeitos retroativos na lei processual, somente na lei penal (material) quando mais benéfica. Ex: perdão, anistia, indulto, graça, livramento condicional etc.

Insta, ainda, lembrar que desse princípio, derivam 2 efeitos:

As normas processuais têm aplicação imediata, regulado o desenrolar restante do processo, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF; LICC art. 6º, CPP, art. 2º).

Os atos realizados sob a vigência da lei anterior são considerados válidos.

Deve-se ressaltar, mais uma vez, que a lei processual penal se aplica para o futuro, isto é, não é retroativa, uma vez que só se aplica aos fatos processuais que ocorrerem após a sua entrada em vigor.

E, no caso, a ação penal foi proposta em junho e sentenciada em 02 de dezembro de 2019, ou seja, bem antes da publicação da Lei 13.964/2019, que ocorreu em 24 de dezembro de 2019, com *vacatio legis* de 30 dias. Por conseguinte, inviável sequer a cogitação de que referido dispositivo processual possa ser aplicado à ação em concreto. Logo, é de rigor o indeferimento do requerimento de conversão do feito em diligência formulado pelo Ministério Público Estadual

Ultrapassada as questões preliminares, passo ao enfrentamento do mérito recursal. E, aqui, observo que os apelantes pretendem a reforma da sentença para o fim de, em relação ao apelante Geferson, sua absolvição por ausência de provas cabais à condenação. Em relação à Adriana, que só há provas suficientes quanto aos delitos perpetrados contra as vítimas Jose Almiro Pinheiro de Lima, Maria Rosa da Silva, Raul Alvino Schuffner e Maria do Carmo Schuffner, devendo ser absolvida dos demais delitos, por insuficiência probatória.

Não soa como despiciendo sublinhar que razão nenhuma lhe assiste.

Isso porque, analisando os autos, é possível observar que o manancial probatório que foi coligido durante toda a atividade de persecução penal, sobretudo na fase judicial, vislumbra-se suficiente no sentido de embasar o pronunciamento do juízo condenatório em desfavor dos apelantes em questão, na medida em

que está satisfatoriamente comprovada tanto a materialidade quanto a autoria do fato delituoso, conforme será doravante demonstrado.

De saída, é oportuno que seja rememorado o fato típico e todas as suas peculiares circunstâncias, para, somente então, passarmos à efetiva análise do contexto probatório, o que possibilitará, numa análise final, aferir se a casuística trazida na denúncia está sintonizada à realidade fática refletida dos elementos de prova coligidos.

Com efeito, a materialidade do delito está consubstanciada boletins de ocorrência (f. 13-4, 134, 154, 173, 197, 215, 250, 278, 319, 365, 391, 408, 425, 446, 463, 482, 511, 531 e 567), termo de exibição e apreensão (f. 46-7, 53-4), relatório (f. 55-6, 61-3), contratos de empréstimos (f. 1156-1159 - vítima Francisco Justino da Silva; 1160-1163 - vítima Raul Alvino Schuffner; 1164-1167 - vítima Maria das Graças Santos Ferreira; 1168-1170 - vítima Raimundo Benedito da Silva; 1172/1174 - vítima Maria do Carmo Shuffner; 1176 - vítima Maria Aparecida da Silva; 1180/1187 - vítima Marineis Carrilho da Silva; 1189-1193 - vítima Leonor Vilela Beraldo; f. 1194-1197 - vítima Enedino Souza Santos; 1198/1200 - vítima Rozalina Cordeiro de Souza; 1201/1206 - vítima Cleusa Cassimiro da Paz; f. 1207-1210 - vítima - Maria de Lourdes Coelho Costa; f. 1211-1218 - vítima Deusdete Rodrigues dos Santos; f. 1219-1223 - vítima Nercina Cândida da Silva Machado; 1223-1226 - vítima Rosa Fernandes Pinto.), além das demais provas constantes dos autos.

No que concerne à autoria, bem observo que, de acordo com as provas dos autos, têm-se por inconteste. Vejamos o que há de provas, para ao final, analisar a conduta de cada um dos apelantes:

O apelante Geferson, ouvido por duas vezes na fase extrajudicial: a) exerce seu direito constitucional e permanece sem silêncio (f. 81-2); b) afirma que em relação à vítima José Almiro, nada sabe informar, já que fora sua esposa que o atendeu.

Em juízo, inicialmente exerce seu direito de permanecer em silêncio (f. 724-5). Em novo depoimento (disponível no sistema audiovisual - f. 966), nega a autoria delitiva, afirmando que não tinha nenhum envolvimento com os consignados, sendo que trabalhava com vendas de roupas, sendo a Adriana responsável pelo escritório, não tendo sequer atendido um cliente ou feito consignado, não conversava ou ligava para os clientes. Que Adriana fazia empréstimos, não tendo quaisquer informações sobre o trabalho dela, pois a mesma que era a responsável pelo escritório, nada sabendo como era a atuação dela no trabalho. Que os valores da Brasil Cred eram depositados em sua conta.

Adriana, também foi ouvida duas vezes na fase inquisitiva: no depoimento extrajudicial de f. 86, permanece em silêncio, ao passo que às f. 24-5, nega a autoria delitiva, afirmando que fora a vítima José Almiro quem a procurara para informar dos valores que foram creditados em sua conta, o que ela acreditou ser referente à ação de revisão intentada pelo Dr. Campana.

Em, (disponível no sistema audiovisual - f. 724-5) afirma que sempre trabalhou com juízo empréstimos, que pegou dinheiro da Maria Rosa, José Almiro, Raul, Maria do Carmo, Maria Aparecida. O primeiro que aconteceu foi com a Maria Rosa, pois passava dificuldades inclusive para ajudar a mãe. Que eles faziam empréstimos e teria pego dinheiro por isso. Tendo pego de Maria Aparecida R$1.500,00, da Maria Rosa e do senhor José Almiro em torno de R$500,00 do Sr. Raul e da Maria do Carmo em torno de R$800,00. Que mentiu para o marido que seria redução de juros, mas não para os clientes. Para estes teria dito que era empréstimo, mesmo. Nega que tenha afirmado para os clientes que se tratava de revisão de juros. Que todos sabiam que se tratava de empréstimos, tanto que assinaram com termo de reconhecimento de empréstimo. Que reconhece ter ficado com parte dos valores das pessoas citadas (Maria Rosa, José Almiro, Raul, Maria do Carmo, Maria Aparecida), a título de comissão pelo empréstimo. Nega, por diversas vezes, que tenha afirmado que as tratativas tenham sido a título de revisão de juros. Nega, ainda, ter pego quaisquer importâncias das demais vítimas.

As vítimas, por seu turno, afirmam que:

José Almiro Pinheiro de Lima, quando ouvido na fase inquisitiva (f. 19), afirmou que ficou sabendo por amigos que o escritório Brasil Cred estava fazendo a revisão de juros abusivos, que foi atendido por Adriana, a qual afirmou que ele teria retorno de juros no montante de $1.320,00 e que cobraria 40% desse valor para fazer o procedimento. Que acreditou nas informações e passou seus documentos para ser feito. Logo depois o valor foi creditado em sua conta. Que entregou R$500,00 para Adriana que estava acompanhada de seu marido. Depois notou que tinha um desconto em sua aposentadoria, percebendo que caiu em golpe, por isso procurou a polícia.

Em juízo, (disponível no sistema audiovisual - f. 724-5), ratifica todas as informações prestadas na fase inquisitiva e afirma: a) conheceu o pessoal do escritório que falou que "tirariam os juros", porque passou em frente ao local e alguém já tinha comentado com o depoente que eles mexiam com essa questão do empréstimo com juros abusivos;b) que o depoente entregou seu cartão para Adriana, c) que ela disse que ele teria direito a quantia de R$ 1.320,00; d) que questionou Adriana se o dinheiro saía "na hora" assim, e ela explicou que não, porque primeiro era necessário a operação realizada pelo advogado; e) que questionou quanto pagaria ao escritório pelo serviço e Adriana disse 40%; f) que decorridos cerca de 15 dias, Adriana disse que estava aprovado, que o dinheiro estaria na conta do depoente, g) que sacou R$ 1315,00 no Banco de Eldorado MS, repassando R$ 500,00 para Adriana.

Raul Alvino Schuffner, na fase inquisitiva (f. 92-3), afirma que recebeu a visita em sua residência dos proprietários da Brasil Cred (Adriana e Geferson) os quais informaram que a empresa movia ação contra os bancos para revisão de juros e que dos valores a ser ressarcidos deveria pagar 40%. Que acreditando, forneceus seus documentos e cartão do banco. Que em torno de uma semana recebeu recado para conferir os valores que foram creditados em sua conta. Que tinha sido depositado a importância de R$ 2.611,00, dos quais entregou R$1.044,00 e entregou para Adriana. Depois ficou sabendo que o casal fizera um empréstimo no Banco Pan-americano, no mesmo valor. Que só descobriu depois do desconto em seu pagamento do INSS.

Em juízo, (disponível no sistema audiovisual - f. 724-5), ratifica todas as informações prestadas na fase inquisitiva e aduz: a) Que foi até o escritório do pessoal para tirar os juros; b) que uma vizinha (Deusdete) levou um casal na casa do depoente; c) que o casal falou sobre juros abusivos e que iria retomar o dinheiro dos juros abusivos; d) acreditou nela por ser "inocente"; que em poucos dias pegou o dinheiro e repassou 40% para Adriana; e) que uma vizinha (Aparecida) comentou que aquilo era "roubo"; que foram até o INSS e lá falaram para ir até a polícia; f) que Adriana falou que mexeria com os juros abusivos.

Nercina Candida da Silva Machado, ouvida na fase inquisitiva (f. 95), afirmou que tomou conhecimento que a Brasil Cred estava recebendo juros abusivos de financiamentos, que foi ao local sendo atendida por Adriana e Geferson, os quais *"informaram a declarante que o escritório brasil cred estaria movendo ação em desfavor dos bancos que cobram juros abusivos de consignados de aposentados (...)"*. Eles cobrariam 40% para efetuar o procedimento, a aposentado aceitou a negociação; a declarante pensado em se tratar de juros a serem ressarcidos forneceu seus documentos (...). (...) efetuou o pagamento de 2.920,97 para a Sr. Adriana no escritório Brasil Cred acompanhada de seu esposo Geferson.

Em juízo, (disponível no sistema audiovisual - f. 724-5) a) Que José Almir que comentou a depoente sobre Adriana; b) que Adriana disse que não ia mexer com empréstimos, mas acabou fazendo outro empréstimo não desejado pela depoente; c) que na primeira vez saiu mais de R$ 3.900,00 e repassou 40% para Adriana; d) que chegou a ter um segundo empréstimo realizado por Adriana; e) que ela falou ia mexer nos papéis de empréstimos já existentes, mas fez um empréstimo diferente.

Enedino Souza Santos, ouvido na fase inquisitiva (f. 97) afirma que tomou conhecimento por populares que o casal estaria resgatando juros de empréstimos consignados no INSS. Que foi atendido por Adriana, que explicou que não era novo empréstimo e que receberia retorno dos juros de empréstimo do ano de 2005. Que assinou documento sem ler. Posteriormente foi levado pelo marido de Adriana, senhor Geferson para a agência bancária de Navirai, repassando 800,00 para ele. Que depois tomou conhecimento de que o casal estava fazendo um golpe e que havia sido feito um empréstimo em sua aposentadoria sem seu consentimento.

Em juízo, (disponível no sistema audiovisual - f. 724-5) afirmou que a) encontrou com Adriana e Geferson, por causa do boato de que ela estava retornando juros abusivos; b) Adriana disse que o depoente mais de dois mil reais para receber de um empréstimo de 2005; c) assinou papéis para Adriana e entregou o CPF; d) posteriormente retirou a quantia R$ 2.173,00 e passou R$ 880,00 para Adriana; e) quem negociou foi a Adriana

Deusdete Rodrigues dos Santos, na fase inquisitiva (f. 99), afirma que recebeu a visita do casal em seu sítio, os quais informaram que estavam resgatando juros abusivos junto aos bancos. Que eles solicitaram os documentos e informaram o valor que ela teria direito; que repassou os 40%; que não tinha interesse em fazer novo empréstimo.

Em juízo (disponível no sistema audiovisual - f. 724-5), afirma a) que Adriana foi até a casa da depoente para fazer o negócio sobre os juros abusivos; b) que tirou R$ 5.600,00 c) Adriana tirou os 40% pelo serviço prestado; c) que antes desse empréstimo feito por Adriana tinha outro empréstimo que era de mais de R$ 5.000,00; d) que a depoente achava que o dinheiro retirado por Adriana era dinheiro que estava sendo retirado dos juros; e) que quem negociou diretamente foi Adriana, qual afirmou que era referente a juros a juros abusivos, f) que após, sua aposentadoria passou a vir somente R$700,00, ou seja abaixou.

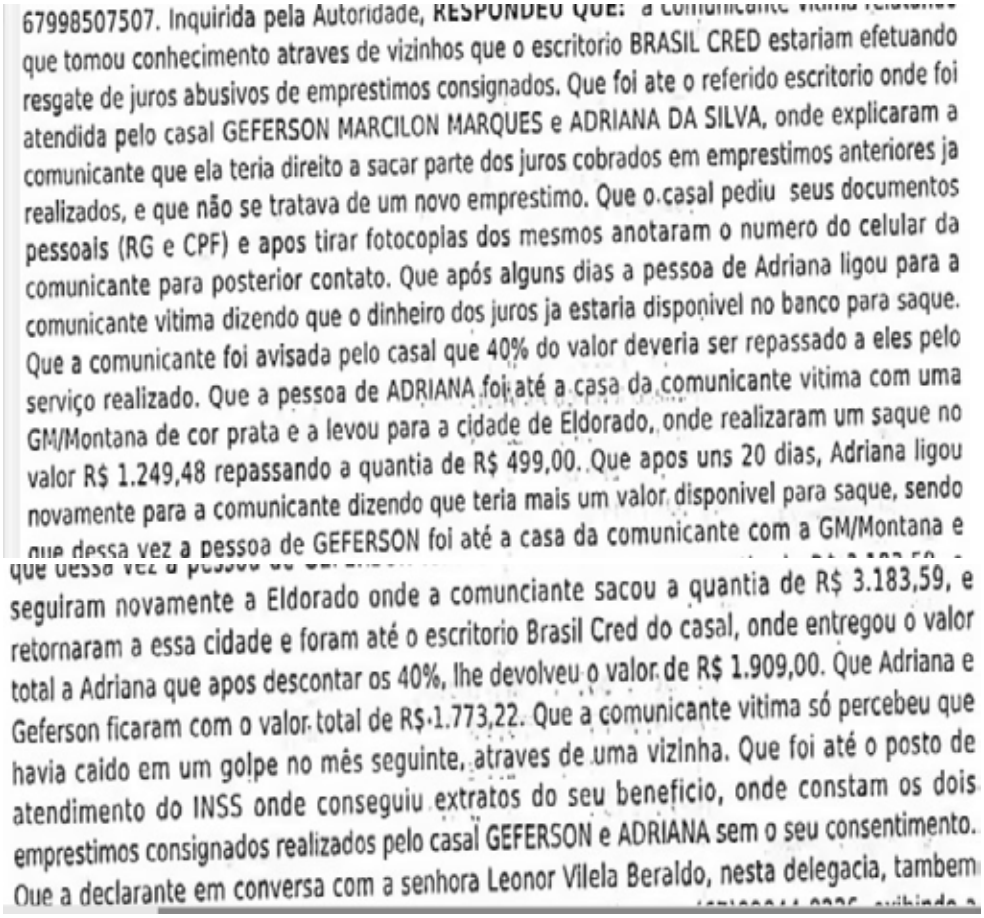
Maria Rosa da Silva, na fase inquisitiva (f. 101), afirma: que após tomar conhecimento de que a empresa Brasil cred estava retomando juros abusivos, foi ao local sendo atendida por Geferson e Adriana e eles informaram que eles estavam movendo ação para tanto; pensando estar reduzindo os juros, aceitou a negociação e, após ter dinheiro creditado em sua conta, foi com Adriana e Geferson ao Banco onde sacou o dinheiro e repassou para eles os 40%. Que posteriormente ficou sabendo que se tratava de golpe, pois veio um desconto em seu benefício.

Em juízo (disponível no sistema audiovisual - f. 724-5), afirma a) Que tinha um empréstimo do INSS com juros; b) que uma colega "Mantuzana" comentou que tinha uma pessoa que arrumava a questão dos juros; c) que a menina (Adriana) verificou a questão para a depoente, dizendo que tinha um "empréstimo" de R$ 10.000 a fazer, e que a depoente; aceitou e "dançou"; d) que Adriana falou que só em um mês receberia "pouquinho", mas depois receberia o salário completo, mas a depoente ficou recebendo apenas R$ 400,00; e) que pensou que Adriana era advogada; que ela falou alguma coisa sobre "negócio" abusivo e que a depoente receberia o dinheiro de volta integralmente; que no banco a depoente colocou a mão, Adriana sacou o dinheiro, passou R$ 4.600,00 para a depoente, e depositou o restante; f) que Geferson estava junto quando ela explicou sobre os juros abusivos, e acha que ele sabia também; que só Adriana explicou sobre os juros para a depoente.

Leonor Vilela Beraldo, na fase inquisitiva (f. 102), afirmou que ficou sabendo por amigos que o escritório Brasil Cred estava resgatando empréstimos com juros indevidos; que foi atendida por Adriana que lhe explicou que teria direito a restituir a quantia de R$1.472,57, dos quais 40% seria a título de comissão. No dia seguinte já recebeu ligação de Adriana falando que o valor estava disponível. Que sacou o dinheiro e repassou a comissão. Que quando recebeu seu benefício deu falta de valores e foi ao INSS, onde ficou sabendo do empréstimo, o qual não tinha autorizado.

Em juízo (disponível no sistema audiovisual - f. 724-5), afirma que a) viu Geferson e Adriana no escritório; b) conversou mais com Adriana; c) eles falaram que se tratava de um juros abusivos que poderia reaver, em razão de empréstimo antigo; c) o advogado cobraria 40% para fazer esse procedimento de receber os juros abusivos; d) pegou cerca de R$ 1.400,00 e deixou cerca de R$ 500,00 com o pessoal do escritório; e) só descobriu sobre o "golpe" quando foi ao INSS; f) negociou somente com a Adriana no escritório.

Rozalina Cordeiro de Souza, na fase inquisitiva, afirma:



67998507507. Inquirida pela Autoridade, RESPONDEU QUE: a comunicante vitima relatou que tomou conhecimento atraves de vizinhos que o escritorio BRASIL CRED estariam efetuando resgate de juros abusivos de emprestimos consignados. Que foi ate o referido escritorio onde foi atendida pelo casal GEFERSON MARCILON MARQUES e ADRIANA DA SILVA, onde explicaram a comunicante que ela teria direito a sacar parte dos juros cobrados em emprestimos anteriores ja realizados, e que não se tratava de um novo emprestimo. Que o casal pediu seus documentos pessoais (RG e CPF) e apos tirar fotocopias dos mesmos anotaram o numero do celular da comunicante para posterior contato. Que após alguns dias a pessoa de Adriana ligou para a comunicante vitima dizendo que o dinheiro dos juros ja estaria disponivel no banco para saque. Que a comunicante foi avisada pelo casal que 40% do valor deveria ser repassado a eles pelo serviço realizado. Que a pessoa de ADRIANA foi até a casa da comunicante vitima com uma GM/Montana de cor prata e a levou para a cidade de Eldorado, onde realizaram um saque no valor R$ 1.249,48 repassando a quantia de R$ 499,00. Que apos uns 20 dias, Adriana ligou novamente para a comunicante dizendo que teria mais um valor disponivel para saque, sendo que dessa vez a pessoa de GEFERSON foi até a casa da comunicante com a GM/Montana e seguiram novamente a Eldorado onde a comunciante sacou a quantia de R$ 3.183,59, e retornaram a essa cidade e foram até o escritorio Brasil Cred do casal, onde entregou o valor total a Adriana que apos descontar os 40%, lhe devolveu o valor de R$ 1.909,00. Que Adriana e Geferson ficaram com o valor total de R$ 1.773,22. Que a comunicante vitima só percebeu que havia caido em um golpe no mês seguinte, atraves de uma vizinha. Que foi até o posto de atendimento do INSS onde conseguiu extratos do seu beneficio, onde constam os dois emprestimos consignados realizados pelo casal GEFERSON e ADRIANA sem o seu consentimento. Que a declarante em conversa com a senhora Leonor Vilela Beraldo, nesta delegacia, tambem

Em juízo (disponível no sistema audiovisual - f. 724-5), afirma que a) ficou sabendo do escritório Brasil Cred; b) Adriana comentou sobre os juros abusivos; c) perguntou várias vezes se não era empréstimo, ao que Adriana disse que não, confirmando se tratava de juros abusivos; d) deixou com Adriana alguns documentos; e) teve dois recebimentos: o primeiro cerca de R$ 1.200,00 e entregou uns R$ 400,00 para Adriana, que falou que eram os 40% do advogado;

Maria do Carmo Schuffner, ouvida na fase inquisitiva (f. 108-9), afirmou que Adriana e seu esposo estiveram em sua residência e falaram que poderiam baixar juros de empréstimos com a condição de receberem 40% do valor devolvido. Que, de imediato, lhe forneceu os documentos pessoais e cartão do banco e da aposentadoria; poucos dias depois foi chamada ao escritório e lá foi dito que o dinheiro da negociação já estava disponível. Que sacou o dinheiro e repassou cerca de R$800,00. Depois ficou sabendo que fora feito dois empréstimos consignados na sua aposentadoria. Que repassou o valor de R$1050,00 para a mulher da Brasil Cred, a qual afirmou que era *"comissão sobre os juros abusivos que tinha conseguido reduzir de seu contrato de empréstimo."*

Em juízo (disponível no sistema audiovisual - f. 724-5), afirma que a) Adriana foi até sua casa para pegar uns documentos para mexer com os juros abusivos, e a depoente lhe entregou documentos e o cartão do Bradesco; b) pagava R$ 7.500,00 de outro empréstimo que tinha feito; c) Adriana falou receberia um dinheiro e teria que repassar 40% pelo serviço; d) foram feitos dois empréstimos no nome da depoente, mas não sabia que seria feito isso.

Raimundo Benedito da Silva, na fase inquisitiva (f. 112-3) afirma:

passando em frente ao Escritório Brasil Cred, situado na rua Campo Grande, nesta cidade, quando foi abordado por uma mulher branca, que lhe perguntou se era aposentado e se possuía algum empréstimo, ao que responsável que era aposentado e possuía empréstimos em seu nome. Nesse momento, a referida mulher lhe disse que aquele escritório, O Brasil Cred, estava entrando com ações para reduzir os juros abusivos cobrados pelos bancos das pessoas que tinham empréstimos. Na ocasião, a referida mulher pegou os documentos do declarante e fez algumas consultas. Depois disso, a tal mulher disse para o declarante que quando o dinheiro referente a essa correção dos juros dos empréstimos que possuía caísse no banco entraria em contato com o mesmo. Passados quatro dias, a referida mulher entrou em contato com o declarante, pedindo para que comparecesse no escritório. Chegando ao escritório, essa mulher lhe informou que havia entrado R$ 2.500,00 na conta do declarante, referente ao estorno dos juros abusivos dos seus contratos de financiamento. Na ocasião, a mesma disse para o declarante sacar o dinheiro e, posteriormente, passar no escritório para repassar 40% do valor para ela, referente aos honorários do escritório. O declarante, então, foi até o Banco do Brasil e sacou o valor de R$ 2.500,00, que tinha sido depositado em sua conta. Depois disso, retornou ao escritório Brasil Cred e entregou para a referida mulher a importância de R$ 1.000,00, referente aos 40%, como tinham combinado. Não pegou recibo dos honorários que pagou para o escritório Brasil Cred. Após tomar conhecimento de que outros idosos estavam sendo lesionados pelo

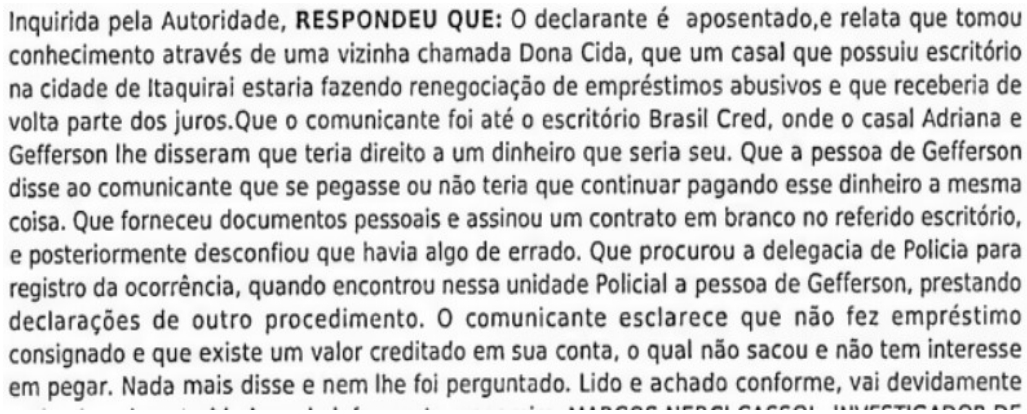
Em juízo (disponível no sistema audiovisual - f. 724-5), ratifica integralmente o depoimento prestado na fase inquisitiva, afirmando que a) Que estava passando na rua e uma mulher lhe chamou para entrar no escritório; b) Adriana disse que estava "fazendo um papel" para o depoente receber os juros abusivos dos empréstimos feitos; c) passados quatro dias, Adriana ligou e disse que o dinheiro já estava na conta do depoente; d) a quantia era de R$ 2.500,00 dos quais repassou 40% para Adriana (R$ 1.000,00); e) pediu recibo, mas Adriana disse que não precisava; f) desconhece a ação aberta em seu nome contra o banco Itaú.

Cleusa Cassimiro, ouvida na fase judicial (disponível no sistema audiovisual - f. 724-5), afirma que Adriana a chamou e disse que "o Governo" estaria "mandando dinheiro" para os aposentados e que não era empréstimo; que posteriormente o dinheiro veio, correspondente a R$ 4.000,00, sendo que R$ 2.600,00 ficou com a depoente e o restante ficou com Adriana.

Maria das Graças Santos Pereira, ouvida em juízo (disponível no sistema audiovisual - f. 724-5), afirma que a) Adriana e o marido dela foram até a casa da depoente; b) Adriana explicou sobre os juros abusivos e que teria o direito de recorrer para pegar parte de volta; c) "caiu" na "onda" dela; d) o empréstimo que tinha, já havia se encerrado, mas Adriana disse que, mesmo assim, receberia de volta os juros abusivos; e) Adriana não falou valor; f) cerca de 15 a 20 dias depois Adriana disse para ir ao banco pegar os valores; g) No banco, pegou R$ 2.000,00 e repassou 40% para Adriana; h) quando foi receber seu salário, percebeu que estava faltando dinheiro; i) No INSS, informaram do novo empréstimo, do qual não tinha conhecimento; j) tanto Geferson quanto Adriana negociaram.

Francisco Justino da Silva, ouvido em juízo (disponível no sistema audiovisual - f. 724-5), afirma que a) Adriana perguntou ao depoente se ele tinha ação de juros abusivos com o advogado em Iguatemi, e o depoente confirmou; b) Adriana pediu o CPF do depoente; c) passados uns três dias, ela ligou ao depoente falando que o dinheiro de Iguatemi saiu; d) foram ao banco, tiraram o dinheiro; e) Adriana pegou os 40% falando que era do advogado de Iguatemi, que não chegou a conhecer; f) confiou em Adriana; g) viu o marido dela, mas que ele não se envolveu na negociação, sendo que Adriana estava à frente de tudo; h)Que os dois ficavam na mesma sala do escritório i) ele só ficava ouvindo e escrevendo; j) também tinha uma menina que podia ouvir as conversas; k) sacou pouco mais de R$ 10.000,00 e deu 40% para ela, sem recibo.

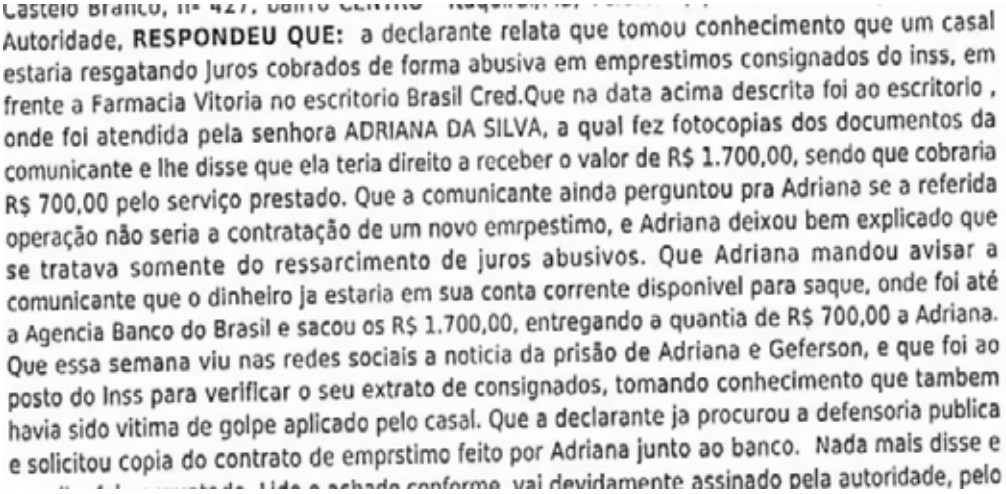
José Gervásio da Silva, na fase inquisitiva (f. 91), afirmou:



Inquirida pela Autoridade, **RESPONDEU QUE:** O declarante é aposentado,e relata que tomou conhecimento através de uma vizinha chamada Dona Cida, que um casal que possuiu escritório na cidade de Itaquirai estaria fazendo renegociação de empréstimos abusivos e que receberia de volta parte dos juros.Que o comunicante foi até o escritório Brasil Cred, onde o casal Adriana e Gefferson lhe disseram que teria direito a um dinheiro que seria seu. Que a pessoa de Gefferson disse ao comunicante que se pegasse ou não teria que continuar pagando esse dinheiro a mesma coisa. Que forneceu documentos pessoais e assinou um contrato em branco no referido escritório, e posteriormente desconfiou que havia algo de errado. Que procurou a delegacia de Policia para registro da ocorrência, quando encontrou nessa unidade Policial a pessoa de Gefferson, prestando declarações de outro procedimento. O comunicante esclarece que não fez empréstimo consignado e que existe um valor creditado em sua conta, o qual não sacou e não tem interesse em pegar. Nada mais disse e nem lhe foi perguntado. Lido e achado conforme, vai devidamente

Ouvido em juízo, (disponível no sistema audiovisual - f. 724-5), ratifica integralmente o depoimento prestado na fase inqui Que Cida comentou ao depoente que ele teria direito a um dinheiro, e assim, foi até o escritório; que eles (escritório) disseram que ele teria direito a quantia de R$ 1.280,00 e o depoente negou que tinha esse dinheiro; que recusou um cartão oferecido por eles (escritório); que Adriana pegou os documentos do depoente e o depoente assinou um papel, mas recusou o dinheiro; que após recusar, dirigiu-se até a delegacia para relatar o acontecido.

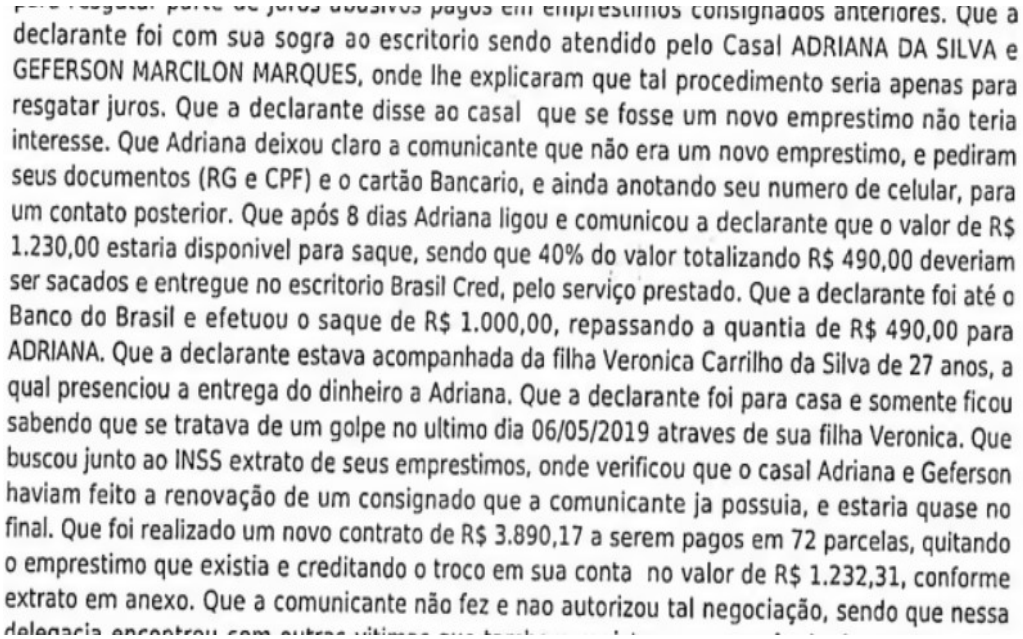
Maria de Lourdes Coelho Costa, na fase inquisitiva (f. 98), afirma:



Castelo Branco, [illegible] Autoridade, **RESPONDEU QUE:** a declarante relata que tomou conhecimento que um casal estaria resgatando Juros cobrados de forma abusiva em emprestimos consignados do inss, em frente a Farmacia Vitoria no escritorio Brasil Cred.Que na data acima descrita foi ao escritorio , onde foi atendida pela senhora ADRIANA DA SILVA, a qual fez fotocopias dos documentos da comunicante e lhe disse que ela teria direito a receber o valor de R$ 1.700,00, sendo que cobraria R$ 700,00 pelo serviço prestado. Que a comunicante ainda perguntou pra Adriana se a referida operação não seria a contratação de um novo emrpestimo, e Adriana deixou bem explicado que se tratava somente do ressarcimento de juros abusivos. Que Adriana mandou avisar a comunicante que o dinheiro ja estaria em sua conta corrente disponivel para saque, onde foi até a Agencia Banco do Brasil e sacou os R$ 1.700,00, entregando a quantia de R$ 700,00 a Adriana. Que essa semana viu nas redes sociais a noticia da prisão de Adriana e Geferson, e que foi ao posto do Inss para verificar o seu extrato de consignados, tomando conhecimento que tambem havia sido vitima de golpe aplicado pelo casal. Que a declarante ja procurou a defensoria publica e solicitou copia do contrato de emprstimo feito por Adriana junto ao banco. Nada mais disse e [illegible] conforme, vai devidamente assinado pela autoridade, pelo

Em juízo (disponível no sistema audiovisual - f. 724-5), afirma que a) a cunhada da depoente falou sobre o pessoal que estava mexendo com juros abusivos; b) que no local, disse para Adriana que não desejava fazer empréstimo, tendo a mesma confirmado que não era empréstimo e, sim, retorno de juros abusivos; c) sacou R$ 1.700,00, e Adriana disse que R$ 700,00 era para a "advogada".

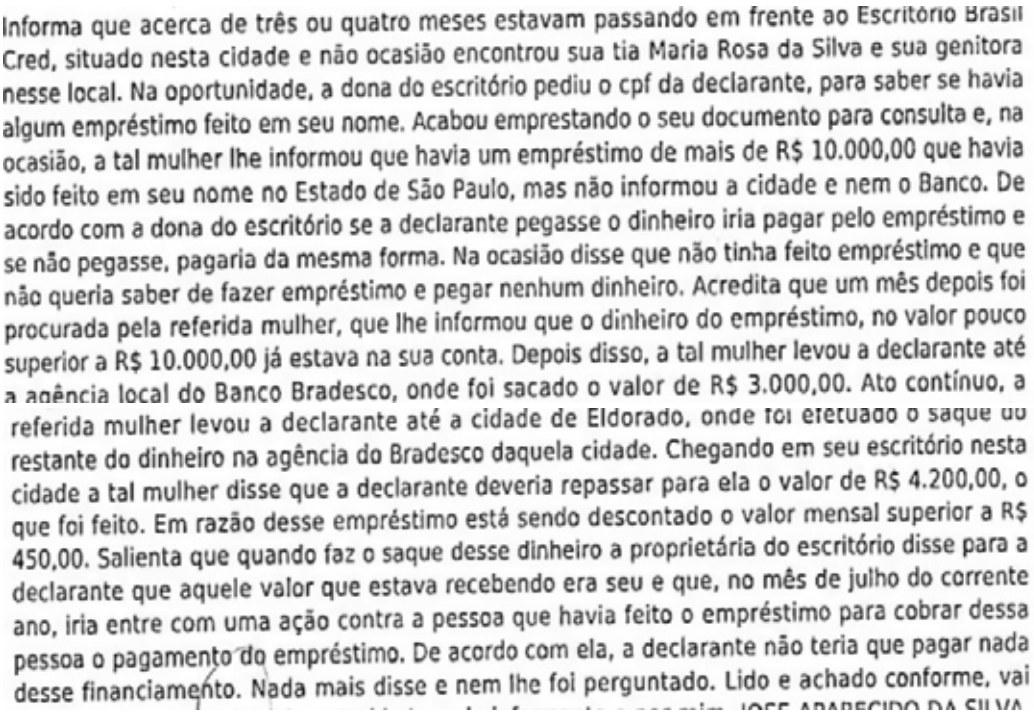
Marineis Carrilho da Silva, na fase inquisitiva (f. 103), afirma:



declarante foi com sua sogra ao escritorio sendo atendido pelo Casal ADRIANA DA SILVA e GEFERSON MARCILON MARQUES, onde lhe explicaram que tal procedimento seria apenas para resgatar juros. Que a declarante disse ao casal que se fosse um novo emprestimo não teria interesse. Que Adriana deixou claro a comunicante que não era um novo emprestimo, e pediram seus documentos (RG e CPF) e o cartão Bancario, e ainda anotando seu numero de celular, para um contato posterior. Que após 8 dias Adriana ligou e comunicou a declarante que o valor de R$ 1.230,00 estaria disponivel para saque, sendo que 40% do valor totalizando R$ 490,00 deveriam ser sacados e entregue no escritorio Brasil Cred, pelo serviço prestado. Que a declarante foi até o Banco do Brasil e efetuou o saque de R$ 1.000,00, repassando a quantia de R$ 490,00 para ADRIANA. Que a declarante estava acompanhada da filha Veronica Carrilho da Silva de 27 anos, a qual presenciou a entrega do dinheiro a Adriana. Que a declarante foi para casa e somente ficou sabendo que se tratava de um golpe no ultimo dia 06/05/2019 atraves de sua filha Veronica. Que buscou junto ao INSS extrato de seus emprestimos, onde verificou que o casal Adriana e Geferson haviam feito a renovação de um consignado que a comunicante ja possuia, e estaria quase no final. Que foi realizado um novo contrato de R$ 3.890,17 a serem pagos em 72 parcelas, quitando o emprestimo que existia e creditando o troco em sua conta no valor de R$ 1.232,31, conforme extrato em anexo. Que a comunicante não fez e nao autorizou tal negociação, sendo que nessa

Em juízo (disponível no sistema audiovisual - f. 724-5), afirma que a) Geferson e Adriana estavam no escritório; b) negociou com Adriana e que a mesma disse que tinha direito de pegar os juros abusivos do empréstimo; c) entregou documentos (CPF e identidade) para Adriana, mas sem assinatura nem nada; d) não sabia que era empréstimo; e) não precisou assinar nada; e) Adriana disse que o assunto estava com o advogado, e que ele cobrava 40%; f) repassou R$ 490,00 para Adriana, dos R$ 1.230,00 que pegou; g) viu outro empréstimo realizado na sua conta ao ir no INSS; h) Geferson estava no escritório, mas não conversou com a depoente.

Maria Aparecida da Silva, ao ser ouvida na fase inquisitiva, afirmou:



Informa que acerca de três ou quatro meses estavam passando em frente ao Escritório Brasil Cred, situado nesta cidade e não ocasião encontrou sua tia Maria Rosa da Silva e sua genitora nesse local. Na oportunidade, a dona do escritório pediu o cpf da declarante, para saber se havia algum empréstimo feito em seu nome. Acabou emprestando o seu documento para consulta e, na ocasião, a tal mulher lhe informou que havia um empréstimo de mais de R$ 10.000,00 que havia sido feito em seu nome no Estado de São Paulo, mas não informou a cidade e nem o Banco. De acordo com a dona do escritório se a declarante pegasse o dinheiro iria pagar pelo empréstimo e se não pegasse, pagaria da mesma forma. Na ocasião disse que não tinha feito empréstimo e que não queria saber de fazer empréstimo e pegar nenhum dinheiro. Acredita que um mês depois foi procurada pela referida mulher, que lhe informou que o dinheiro do empréstimo, no valor pouco superior a R$ 10.000,00 já estava na sua conta. Depois disso, a tal mulher levou a declarante até a agência local do Banco Bradesco, onde foi sacado o valor de R$ 3.000,00. Ato contínuo, a referida mulher levou a declarante até a cidade de Eldorado, onde foi efetuado o saque do restante do dinheiro na agência do Bradesco daquela cidade. Chegando em seu escritório nesta cidade a tal mulher disse que a declarante deveria repassar para ela o valor de R$ 4.200,00, o que foi feito. Em razão desse empréstimo está sendo descontado o valor mensal superior a R$ 450,00. Salienta que quando faz o saque desse dinheiro a proprietária do escritório disse para a declarante que aquele valor que estava recebendo era seu e que, no mês de julho do corrente ano, iria entre com uma ação contra a pessoa que havia feito o empréstimo para cobrar dessa pessoa o pagamento do empréstimo. De acordo com ela, a declarante não teria que pagar nada desse financiamento. Nada mais disse e nem lhe foi perguntado. Lido e achado conforme, vai

Em juízo (disponível no sistema audiovisual - f. 724-5), afirma que a) viu sua mãe dentro do escritório da Brasil Cred, por isso entrou; b) Adriana pediu seu CPF da depoente e afirmou que tinha um empréstimo

na conta da depoente; c) não tinha nenhum empréstimo quando chegou lá; d) eles (Brasil Cred) quem fizeram o empréstimo, e disseram que a depoente tinha que pegar o dinheirode qualquer jeito, pois iria pagar se pegasse ou não; e) Adriana afirmou que em julho entrariam com uma ação judicial para que a depoente não pagasse o empréstimo; f) sacaram pegaram R$ 10.000,00 no banco de Eldorado, dos quais Adriana pegou R$ 4.200,00; g) quando esteve no o escritório o marido de Adriana estava lá também, mas que só ela participou da negociação.

Maria Aparecida da Silva Santos em juízo (disponível no sistema audiovisual - f. 724-5) afirma que: a) conheceu Adriana e Geferson; b) Adriana explicou que o aposentado tem direito de fazer um "cartãozinho", disse, ainda, que de vez em quando cairia um dinheiro na conta da declarante; c) acabou "caindo"; d) Depois, Adriana pediu para ver se estava tendo juros abusivos no cartão; e) Adriana disse que ia arranjar um advogado para a declarante, para ver essa questão dos juros abusivos; f) quando foi sacar o dinheiro do banco, viu que só tinha R$ 600,00, quando deveria receber R$800,00; g) Adriana, ao ser questionada, falou que eram os juros abusivos, que o banco está pegando esse dinheiro por causa do "Seguro", e que o "Bradesco" faz isso mesmo com o povo; h) depois, Adriana foi até a casa da declarante alegando que fora feito um empréstimo para uma pessoa que tem o mesmo nome da declarante e que teria caído o dinheiro por engano na conta dela e para que a mesma fosse ao banco sacar o dinheiro, lhe deu R$ 100,00, o que foi feito.

Ainda como prova oral (disponível no sistema audiovisual - f. 724-5) há o depoimento da informante Verônica Carrilho da Silva, filha da vítima Marineis Carrilho da Silva que afirma: a) a mãe da declarante pediu ajuda para ir ao banco para pegar um dinheiro, o qual seria retorno de juros abusivos; b) foi ao Banco com ela, onde foi sacado cerca de R$ 1.200,00; c) acompanhou sua mãe ao escritório, lá estava uma menina novinha e a Adriana, e entregaram o dinheiro para Adriana.

Por fim, temos o depoimento da funcionária do casal, a menor de idade Sara de Souza dos Santos, que, na fase inquisitiva (f. 37-8), a qual afirma ser funcionária da Brasil Cred (sem registro) e que é de propriedade de Adriana e Geferson. Que no local é feito empréstimos e revisão de juros. Que do serviço de revisão era cobrado 40%.

Em juízo (disponível no sistema audiovisual - f. 724-5) afirma que: a) trabalhou por cerca de 2 meses para Geferson e Adriana, sendo sua função limpar e imprimir, ou seja, dar apoio; b) seu salário era R$ 600,00, e trabalhava das 8h às 10h, voltava as 11h30min e ficava até às 17h; c) Adriana e Geferson mexiam com aposentadoria e com o negócio de juros; d) eles falavam que mexiam com isso junto com o advogado de Guaíra-PR; d) muita gente foi procurar os serviços ofertados; e) Adriana e Geferson diziam que o serviço era pago com 30% pro advogado e 10% para eles; f) nunca negociou com aposentados e também não pegou documento ou dinheiro.

Pois bem.

Ao que se observa dos depoimentos das vítimas, todas são uníssonas em afirmar que foram levadas a erro por Adriana e, embora haja pequenas divergência nos relatos, abstrai-se que todas se viram fazendo um empréstimo sem ter conhecimento do que estavam realizando. Vejamos:

Em linhas gerais todas as vítimas afirmam que ouviram boatos de que a empresa Brasil Cred estava recuperando juros de empréstimos passados e, que, acreditando estar fazendo referida operação, negociaram com Adriana, a qual sempre frisava que não se tratava de novos empréstimos e, sim, apenas de revisão de juros de empréstimos passados. Adriana convencia as vítimas, na sua maioria idosas e com pouca instrução (algumas analfabetas) a repassar os documentos pessoais e mandava-as assinar documentos que, pela própria circunstância de pouca instrução, não tinham condições de saber o que estavam assinando, e cobrava-lhes o percentual de 40% dos valores que supostamente receberiam de volta.

Ocorre, em pouco tempo, Adriana chamava os "clientes" (vítimas) e avisava que os valores retornados já estavam disponíveis em conta. Sendo que as mesmas sacavam o dinheiro e repassa para Adriana, o valor correspondente à comissão de 40%.

Entretanto, quando as vítimas iam receber suas parcas aposentadorias, percebiam que os valores eram menores e, ao pedir extrato dos benefícios, ficavam sabendo que novos empréstimos foram contratados e estavam sendo debitados.

Ora! Tem-se então, que Adriana, após induzir os clientes em erro (afirmando que era retorno de juros abusivos), tomava de posse dos seus documentos e contratava novos empréstimos, utilizando-se dos documentos assinados pelas vítimas, as quais, repito, pela parca instrução não tinham condições de saber do que se tratavam e, de boa-fé, confiando no "boca a boca" achavam que se tratava de retorno de juros.

Ainda, após a liberação dos valores dos empréstimos, Adriana contatava as vítimas e afirmava que a negociação estava concretizada e que o retorno dos juros já estava liberado em conta. Ato contínuo, as vítimas sacavam o dinheiro e repassava o valor da comissão para Adriana.

Vê-se, portanto, que a versão apresentada por Adriana, no sentido de que explicava que se tratava de empréstimo, encontra-se totalmente dissociada das demais provas dos autos, eis que como visto, todas as testemunhas foram uníssonas em afirmar que Adriana sempre afirmava que os valores eram referentes a retorno de juros abusivos.

Com efeito, a conduta da apelante Adriana está em consonância com a figura típica prevista no artigo 171, CP, e 171, § 4, CP, *in verbis*:

> *"Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:*
>
> *(...)*
>
> *Estelionato contra idoso*
>
> *§ 4º Aplica-se a pena em dobro se o crime for cometido contra idoso. (Incluído pela Lei nº 13.228, de 2015)."*

No caso, a apelante Adriana induziu as vítimas a erro (afirmou que era retorno de juros e pegou assinatura em contrato de empréstimo). Após obtinha vantagem ilícita (pegava 40% dos valores liberados).

Portanto, havendo provas suficientes de que a apelante Adriana obteve vantagem ilícita, após induzir todas as vítimas em erro, inviável o reconhecimento pleito de insuficiência probatória, na forma recorrida.

No que concerne à conduta de Geferson, salutar relembrar o depoimento da menor Sara de Souza dos Santos, que em juízo (disponível no sistema audiovisual - f. 724-5) afirma que: a) trabalhou por cerca de 2 meses para Geferson e Adriana, sendo sua função limpar e imprimir, ou seja, dar apoio; b) seu salário era R$ 600,00, e trabalhava das 8h às 10h, voltava as 11h30min e ficava até às 17h; c) Adriana e Geferson mexiam com aposentadoria e com o negócio de juros; d) eles falavam que mexiam com isso junto com o advogado de Guaíra-PR; d) muita gente procurar os serviços ofertados; e) Adriana e Geferson diziam que o serviço era pago com 30% pro advogado e 10% para eles; f) nunca negociou com aposentados e também não pegou documento ou dinheiro.

Referido depoimento foi corroborado por algumas das vítimas:

Maria das Graças dos Santos Pereira e Raul Alvino Schuffner afirma que Geferson e Adriana foram até suas residências falar sobre juros abusivos e que ambos falaram sobre a questão.

Maria Aparecida da Silva, Leonor Vilela Beraldo e Marineis Carrilho da Silva afirmam que Geferson, estava presente no escritório, quando trataram com Adriana sobre o retorno dos juros.

Não bastasse, na fase inquisitiva, as vítimas afirmaram:

Raul Alvino Schuffner e Maria do Carmo Schuffner que o casal foi na residência dos depoentes.

Leonor Beraldo – que viu Geferson no escritório e lá eles falaram sobre juros.

Maria Rosa da Silva, Enedino Souza e Rozalina Cordeiro – que foram levadas ao banco por Geferson.

Então, como muitíssimo bem ponderado pela Procuradoria Geral de Justiça (f. 1414-1415):

> *"(...) diante destas informações verifica-se pouco crível a afirmação de que Geferson se restringia, tão somente, a atividade de vendas de roupas, pois, conforme visto, uma vítima destacou que Geferson participou diretamente das negociações iniciais, explicando sobre os juros abusivos, diversas vítimas destacaram a presença de Geferson no momento das negociações no escritório, estando próximo e podendo ouvir, outras descreveram que Geferson acompanhou Adriana quando eles foram até suas respectivas casas apresentar o negócio, bem como a informante (Sara) descreveu no sentido de que Geferson fazia parte efetiva do negócio da Brasil Cred, não mencionando que trabalharia com a venda de roupas.*
>
> *Causa estranheza a alegação de que Geferson realmente trabalharia no ramo de venda de roupas, tendo em vista que estava constantemente presente no escritório, podendo ouvir e compreender o que se passava, sendo certo que Geferson relatou que costumava exercer parte das suas atividades laborativas no escritório, contudo, se sua atividade principal fosse a venda de roupas, não soa crível que, reiteradamente, variadas vítimas confirmassem a sua presença no local, pois é de se esperar que na atividade de venda de roupas o trabalhador destine maior tempo na atividade em si, qual seja, vendendo."*

Alie-se a tudo o próprio interrogatório do apelante Geferson onde o mesmo afirma que os valores oriundos da Brasil Cred eram depositados em sua conta.

Portanto, nada obstante não tenha Geferson participado diretamente das negociações, certo é que o mesmo sabia e foi atuante em algumas situações, como visitar clientes, recebe-los no escritório, leva-los ao banco para sacar o dinheiro, etc. Ou seja, também incidiu na figura típica prevista no artigo 171, CP.

Oportuno, aqui, que é sempre bom relembrar que em se tratando de crime contra o patrimônio, à palavra da vítima deve ser dado prevalência, desde que os depoimentos prestados sejam coesos e harmônicos entre a fase inquisitiva e judicial, além de estarem em consonância com as demais provas dos autos. Como dito, *in casu*, os depoimentos das vítimas foram uníssonos nas duas fases. E mais: as demais provas existentes nos autos corroboram as falas das vítimas e apontam os apelantes como co-autores do delito.

Registre-se que, em sede de crimes patrimoniais, que geralmente são praticados na clandestinidade, configura-se preciosa a palavra da vítima para o reconhecimento dos autores do delito, mormente quando não há nada nos autos que demonstre que os ofendidos tenham inventado tais fatos com a simples intenção de prejudicar os acusados.

Nessa senda, em que pese a negativa de autoria do crime pelos apelantes, entendo que esta encontra-se dissociada dos demais elementos angariados durante a instrução processual, sobretudo pelas provas judiciais produzidas, as quais são harmônicas em apontar os acusados como co-autores do delito.

Como corolário, o não provimento do apelo é providência que se impõe.

Em continuidade, como pleito alternativo, defendem os apelantes que a pena base deve ser recalculada, sob a alegação de que as circunstâncias judiciais negativas devem ser afastadas, ao argumento de que há *bis in idem,* bem como não há comprovação de que as vítimas tivessem remuneração correspondente a um salário mínimo.

Por oportuno, anote-se a fundamentação da sentença:

> *"VI – Para o réu Geferson Marcilon Marques*

Os delitos em comento possuem pena em abstrato de 01 (um) a 05 (cinco) anos de reclusão e multa.

Culpabilidade: o grau de reprovabildiade da conduta do réu é desfavorável em relação a todos os delitos de estelionato descritos no aditamento à denúncia, eis que presente a mesma circunstância, qual seja a de que os empréstimos envolveram pessoas aposentadas pelo INSS, todas de baixa renda (cerca de um salário mínimo), as quais sofreram prejuízo direto em seus benefícios, ante o desconto das parcelas dos empréstimos consignados feitos sem suas autorizações;

Antecedentes: o réu possui antecedentes passiveis de consideração, já que estava em cumprimento de pena decorrente de condenação anterior transitada em julgado, no ano 2015, conforme os Autos 0003089-46.2014.8.12.0029 (certidão de f. 608-609), contudo, a análise de tal circunstância será feita na segunda fase da dosimetria;

Conduta social: não foram apurados elementos para análise.

Personalidade: não foram apuradas;

Circunstâncias: são desfavoráveis para todos os delitos, eis que praticados com o mesmo modus operandi, valendo-se o réu de estabelecimento comercial instalado nesta comarca e destinado a intermediar empréstimos consignados entre aposentados e instituições financeiras, o que facilitou a consumação dos delitos, ante a confiança das vítimas;

Consequências: não ultrapassam as previstas no tipo penal;

Comportamento das vítimas: em nada corroborou para a prática delitiva.

(...)

VII – Para a ré Adriana da Silva

Os delitos em comento possuem pena em abstrato de 01 (um) a 05 (cinco) anos de reclusão e multa.

Culpabilidade: o grau de reprovabildiade da conduta da ré é desfavorável em relação a todos os delitos de estelionato descritos no aditamento à denúncia, eis que presente a mesma circunstância, qual seja a de que os empréstimos envolveram pessoas aposentadas pelo INSS, todas de baixa renda (cerca de um salário mínimo), as quais sofreram prejuízo direto em seus benefícios, ante o desconto das parcelas dos empréstimos consignados feitos sem suas autorizações;

Antecedentes: a ré não possui antecedentes passiveis de consideração, conforme a certidão de f. 610-612;

Conduta social: não foram apurados elementos para análise.

Personalidade: não foram apuradas;

Circunstâncias: são desfavoráveis para todos os delitos, eis que praticados com o mesmo modus operandi, valendo-se a ré de estabelecimento comercial instalado nesta comarca e destinado a intermediar empréstimos consignados entre aposentados e instituições financeiras, o que facilitou a consumação dos delitos, ante a confiança das vítimas;

Consequências: não ultrapassam as previstas no tipo penal;

Comportamento das vítimas: em nada corroborou para a prática delitiva."

Analisando o excerto da sentença, bem observo que nenhuma razão assiste aos recorrentes.

Quanto à circunstância judicial da culpabilidade, bem se observa que os réus foram condenados pelo tipo penal previsto no artigo 171, § 4º, Código Penal, o qual estabelece causa de aumento de pena em razão da idade das vítimas (pessoa maior de 70 anos), ou seja, trata de critério fisiológico estabelecido pelo legislador (faixa etária).

Vê-se, portanto que não se confunde com o fundamento utilizado pelo sentenciante (pessoa aposentada). Isto porque nem toda pessoa que tenha idade superior a setenta anos de idade é, necessariamente, aposentada, assim como nem todo aposentado pode ser considerado idoso (maior de 70 anos). Por consequência afasta-se referido argumento.

No mesmo norte a alegação de que inexiste provas de que as vítimas tenham rendimentos em torno de um salário mínimo. Com efeito, analisando as provas dos autos, bem se observa que:

f. 138, o rendimento da vítima Cleusa Cassimiro era de R$ 998,00, ou seja, um salário mínimo;

f. 159, o rendimento de Maria Aparecida da Silva Santos, era de R$ 998,00, ou seja, um salário mínimo;

f. 179, o rendimento de Francisco Justino da Silva, era de R$ 998,00, ou seja, um salário mínimo;

f. 201, o rendimento de Maria das Graças Santos Pereira, era de R$ 998,00, ou seja, um salário mínimo.

E, assim, por diante.

Assim, não subsiste a alegação de ausência de provas quanto aos rendimentos das vítimas, devendo ser mantida por negativa a circunstância judicial da culpabilidade, eis que as vítimas tinham parcos rendimentos e a fraude causou sérios prejuízos com a redução de referidos valores.

Como conseguinte a circunstância judicial da culpabilidade permanece negativada, não havendo que se falar em alteração da sentença, quanto ao ponto.

E quanto à circunstância judicial "circunstâncias do delito", bem observo que inexiste quaisquer *bis in idem*, eis que como se observa da sentença, o ponto negativador da circunstância foi o *modus operandi* com a utilização de uma empresa que, aparentemente era legal e que dava ares de maior confiança às vítimas.

Portanto, mantém-se a circunstância judicial por negativa e, por consequência, inalterada a pena base de ambos os recorrentes.

Ainda em relação à pena aplicada, defende a apelante Adriana da Silva, que deve ser reconhecido a atenuante da confissão espontânea.

Novamente razão nenhuma lhe assiste.

É que analisando o depoimento prestado na fase inquisitiva, há negativa de autoria. Já na fase judicial a apelante argumenta que jamais falou às vítimas que as operações seriam referentes a retorno de juros e, sim, verdadeiros empréstimos e que os 40% eram comissão por intermediar a operação.

Vê-se, aqui, que não há confissão quanto ao delito de estelionato, já que, em tese, a apelante Adriana somente afirma que, embora imoral, seu proceder seria uma mera "comissão" pela realização de um trabalho lícito (intermediação de um empréstimo).

Assim, mesmo com o máximo de esforço intelectivo, não se pode inferir que a fala de Adriana possa ser considerada confissão.

Portanto, inviável o reconhecimento da atenuante em apreço e, consequentemente, a sentença deve ser mantida inalterada quanto ao ponto recorrido.

No que tange ao prequestionamento suscitado, cabe esclarecer que a matéria ventilada não merece abordagem específica ou pormenorizada, haja vista ter sido suficientemente enfrentada, de modo que não houve nenhuma inobservância quanto ao ponto.

Diante do exposto, conheço e nego provimento ao Apelação Criminal interposto por Adriana da Silva e Geferson Marcilon Marques, mantendo-se inalterada a sentença recorrida. No mais, deixo de conhecer do pedido de revogação de prisão preventiva, eis que o mesmo deve ser formulado na comarca de origem, visto que não consta nestes autos alvará de soltura expedido pelo STF (vide item 3, de f. 1390) ou mesmo comunicação oficial daquele Tribunal comunicando a esta Instância sobre a expedição de alvará de soltura.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso e não conheceram da petição que veiculava pedido de revogação de prisão.

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, Juiz Lúcio R. da Silveira e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 22 de junho de 2020.

***

1ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli
Apelação Criminal nº 0029107-86.2017.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – FALSIDADE IDEOLÓGICA – ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – INOCORRÊNCIA – CIRCUNSTANCIAS JUDICIAIS REFERENTES À CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – VALORAÇÃO NEGATIVA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Diante do acervo probatório colhido nos autos, que comprovam a materialidade e autoria da ré pela prática delitiva, não há que se falar em absolvição por ausência de provas.

A culpabilidade deve 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. No caso concreto, esta circunstância judicial se mostrou negativa, pois a ré falsificou o exame de DNA com o objetivo de induzir a vítima a erro, fazendo-o acreditar que era o pai biológico de seu filho e com isso conseguir vantagens financeiras, já que o mesmo teria que arcar com as despesas decorrentes da paternidade.

As consequências do crime, devem ser entendidas como o resultado da ação do agente; em outras palavras, são os efeitos (maior ou menor) provocadas na vítima, tanto de cunho material, quanto moral, desde que se refiram a fatos que não integram o tipo penal. Assim, a avaliação negativa desta circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal, como ocorreu no caso em tela.

O conceito de circunstancias do crime corresponde à maior ou menor gravidade do delito, em razão do *modus operandi* empregado na prática do ato, que não compõe os elementos do tipo, mas influenciam em sua gravidade. No caso concreto, o modo de agir, a atitude assumida pela ré, os relacionamentos com a vítima, além do objeto utilizado/falsificado, devem ser valorados em desfavor da ré, que deliberadamente falsificou um documento expedido por um Instituto de Perícias idôneo, de modo que este foi fundamental para induzir o ofendido a erro, acreditando ser o pai de seu filho e suportar todas as obrigações daí decorrente.

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, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 22 de junho de 2020.

Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

RELATÓRIO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

Trata-se de apelação criminal interposta por Elisângela Virgílio Pereira (f. 204-216), contra a sentença às f. 181-189, que julgou procedente a denúncia, condenando a apelante pela prática do crime previsto no

art. 299, do CP, à pena de 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas penas restritivas de direito, consistente em prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo e prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da pena privativa de liberdade.

Requer a reforma da sentença, a fim de absolve-la por insuficiência probatória, nos termos do art. 386, VII, do CPP.

Subsidiariamente, requer o afastamento da valoração negativa da culpabilidade, circunstancias e consequências do crime, fixando a pena-base no mínimo legal.

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões às f. 220-229.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se às f. 239-247, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz José Eduardo Neder Meneghelli (Em substituição legal)

A apelante foi denunciada pela prática do crime tipificado no art. 299, *caput*, do Código Penal, em razão dos seguintes fatos:

> *"(...)*
>
> *Narra o incluso caderno inquisitivo que no dia 20 de fevereiro de 2017, a denunciada Elisângela Virgílio Pereira, ciente da ilicitude do fato e da reprovabilidade de sua conduta, inseriu ou fez inserir, em documento particular, declaração falsa ou diversa da que deveria ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.*
>
> *Segundo consta nos autos, a denunciada e Sérgio Luiz da Conceição Felippe mantiveram relações por cerca de três meses, entre janeiro a março do ano de 2015. Ocorre que após o término do relacionamento, Sérgio teve conhecimento que a denunciada estava grávida, e esta alegou que ele era o pai da criança.*
>
> *Após o nascimento, Sérgio verificou que a criança não possuía semelhanças com ele, e dessa forma solicitou a denunciada que realizassem exame de DNA, o que foi requerido por meio da Defensoria Pública de Campo Grande-MS. Na data dos fatos, Sérgio, a denunciada e a criança realizaram o Laudo, e foram informados que o documento seria enviado a Defensoria Pública e ambos seriam avisados.*
>
> *Contudo, após ficar pronto, a denunciada ficou na posse do documento em questão, e modificou-o em partes, com o intuito de alterar a verdade sobre os fatos, e posteriormente enviou a Sérgio via WhatsApp uma foto do falso documento que apontava o resultado positivo para Paternidade.*
>
> *Ato contínuo, Sérgio foi a casa da denunciada e solicitou o documento, e esta entregou-lhe e disse para ele não mostrar para ninguém, pois seria um documento particular. Posteriormente, na posse deste, Sérgio foi até a Defensoria Pública e apresentou-o, ocasião em que foi mostrado o documento original no qual o resultado era negativo.*
>
> *Sérgio então foi até o laboratório em que realizaram o exame, e apresentou o documento entregue pela denunciada, sendo informado que o documento era falso.*
>
> *Acostaram-se aos autos, o documento verdadeiro (f. 08-11 do IP Físico) e o documento falso (f. 12-15 do IP Físico).*
>
> *(...)."*

Finda a instrução probatória, a apelante Elisângela Virgílio Pereira, foi condenada pela prática do crime tipificado no art. 299, do CP, à pena de 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas penas restritivas de direito, consistente em prestação pecuniária, no valor de um salário mínimo e prestação de serviços à comunidade, pelo prazo da pena privativa de liberdade.

Inconformada com a sentença, a apelante requer sua absolvição, nos termos do art. 386, VII, do CPP. Subsidiariamente, requer o afastamento da valoração negativa da culpabilidade, circunstancias e consequências do crime, fixando a pena-base no mínimo legal.

Da alegada insuficiência de provas

Em que pesem as alegações da apelante, razão não lhe assiste.

A materialidade e autoria delitiva está comprovada pelo Boletim de Ocorrência f. 07- 08; 09 -10), Auto de Exibição e Apreensão (f. 11 -12), Laudo de DNA (verdadeiro) (f. 13- 16), Laudo de DNA (falso) (f. 17- 20), Termo de Declaração (f. 47 -48) e Depoimentos Testemunhais (f. 49; 51).

Verifica-se que, conforme informado no relatório do inquérito policial (f. 99), a ré, apesar de intimada, não compareceu para prestar depoimento em sede extrajudicial. Também não compareceu na audiência de instrução e julgamento, apesar de devidamente intimada (f. 161).

Por outro lado, a vítima Sérgio Luiz da Conceição Felipe, ao ser ouvido perante a autoridade policial (f. 47-48) declarou que:

> *"(...) ratifica os termos do BO 6632/17 e afirma que mora no Assentamento Três Corações há aproximadamente 8 anos e que conheceu a pessoa de Elisângela Virgílio Pereira pois os pais desta possuem sitio no local e ela passou a morar com eles há quaro anos. Relata que se relacionou com Elisângela por um período de três meses, sendo de janeiro a março de 2015.* ***Soube após o termino do relacionamento soube que Elisângela estava grávida e passou a alegar que a criança era filha do declarante e pediu para que este arcasse com as despesas relacionadas à criança e ele assim o fez. O declarante afirma que prestou toda a assistência necessária a Elisângela durante a gestação e após o nascimento continuou a ajudá-la, porém notou que a criança não tinha semelhança com sua pessoa e pediu para que fosse realizado um exame de DNA para comprovar a paternidade, este que foi requerido através da Defensoria Pública de Campo Grande/MS. O declarante afirma que foi até o Instituto de Perícias Científicas no dia 20/02/2017 juntamente com Elisângela e a criança para a realização do exame onde teve que pagar o valor de R$ 280,00 (duzentos e oitenta reais) e foi-lhe informado que assim que estivesse pronto seria enviado para a Defensoria Pública e ambos seriam contatados. Acontece que não conseguiram entrar em contato com o declarante e entregaram as duas cópias para Elisângela. O declarante afirma que Elisângela enviou uma foto da capa do resultado onde aparecia o resultado positivo para paternidade, através do aplicativo whatsapp. Aduz que quatro dias após receber a foto ligou para a defensoria pública a fim de saber a veracidade da informação recebida, momento em que soube que o resultado do exame foi negativo para paternidade. Por temer que Elisângela extraviasse o resultado foi até a residência dela e pediu para que emprestasse para que pudesse tirar uma cópia para ter consigo. Em posse do documento foi até a Defensoria Pública e apresentou quando foi lhe mostrado o resultado original sendo negativo para paternidade. O declarante informa ainda que foi orientado a ir até uma Delegacia registrar uma ocorrência. Foi informa do ao declarante que poderia conseguir outra cópia do exame junto ao laboratório, porém teria que pagar o valor de R$ 150,00 (cento e cinquenta reais). O declarante foi até o laboratório responsável pela realização do exame e conversou com o médico responsável pela Divisão de Genética Molecular do Instituto de Perícias Cientificas, Dr. Bruno Boiko Pereira de Figueiredo, quando obteve a afirmativa do resultado negativo e da falsificação do documento apresentado por Elisângela.*** *Após conversar com o médico e tomar ciência de toda a situação o declarante decidiu entrar uma ação penal e civil para esclarecer os fatos. Afirma que teve um prejuízo de R$ 10.000,00 (dez mil reais) referentes a gastos de assistência a criança, despesas com Elisângela quando gestante e com os outros*

> *filhos dela, sendo que esta estava passando por necessidades financeiras. Informa que no* ***dia em que foi até a casa de Elisângela pedir o documento para tirar cópia, ela pediu para que o declarante não mostrasse para ninguém por tratar-se de documento particular e que só diz respeito aos dois.*** *Acredita que Elisângela tenha falsificado o documento para obter vantagem financeira referente aos gastos com a criança. Afirma que contou sobre o ocorrido a um amigo, Anderson Flores de Araújo, que pode ser encontrado no telefone 9-9820-5017, inclusive mostrou-lhe a foto referente ao resultado falsificado enviado por Elisângela. O declarante acredita que Elisângela recebeu ajuda para falsificar o exame. Nada mais disse e nem lhe foi perguntado."* (G.n.)

Ainda, em sede extrajudicial, foi colhido o depoimento do Biólogo e diretor do Laboratório IPC – Instituo de Perícias Científicas, Bruno Boiko Pereira De Figueiredo (f. 49), o qual declarou:

> *"Sobre os fatos apurados no IP 210/17 afirma que não se recorda do caso, pois são realizados por volta de 600 exames de DNA,* ***porém afirma que notasse claramente que o resultado apresentado por Elisangela, f. 13, ao Sr. Sérgio é falsificado sendo certo que toda vez o resultado positivo para paternidade nunca é 100% mas acima de 99,9% de certeza de inclusão da paternidade requerida. Outro fato verificado pelo depoente no exame falsificado, no campo fórmula f. 14, quando inclusão da paternidade o relato é a formula dos alelos marcador, quando exclusão vai escrito 'exclui' e que também o índice de paternidade apresenta um número quando inclusão e quando exclusão utiliza a termolofia NIHIL***.*"* (G.n.)

Por sua vez, a testemunha Anderson Flores de Araujo (f. 51) disse que:

> *"O depoente é amigo de Sérgio Luiz da Conceição Felipe. Relata que Sérgio lhe procurou questionando-o se era possível solicitar a segunda via do Laudo de DNA – Paternidade, haja vista que ele estava com dúvidas sobre o resultado. O depoente disse a Sérgio que era possível e o acompanhou até a clínica denominada Instituto de Perícias Científicas. Ao chegarem ao local solicitaram a segunda via do resultado do exame, sendo certo que* ***a atendente (não se recorda o nome) ao pegar o documento de imediato reconheceu como falso, salientando que o papel impresso não era daquele instituto. A atendente ainda afirmou que Sérgio não era pai da criança, oportunidade em que entregou a segunda via do laudo, no qual constava resultado negativo com 100% de certeza da exclusão de paternidade.*** *Informa que não conhece Elizângela."* (G.n.)

Em sede judicial (f. 161) foram colhidos os depoimentos da vítima Sérgio Luiz da Conceição Felippe e da testemunha Bruno Boiko Pereira de Figueiredo.

A vítima Sérgio Luiz da Conceição Felippe declarou que havia ficado acertado que o depoente e a ré iriam ir juntos retirar o resultado do exame, entretanto Elisângela conseguiu retirar primeiro o resultado do laudo. Que como o resultado estava demorando para lhe ser entregue, ligou para o laboratório, sendo-lhe informado que o resultado já havia sido retirado e que o resultado era negativo. Que a ré apareceu com o laudo falsificado, com resultado positivo, razão pela qual o depoente teve que mentir para ela que, dizendo que levaria o laudo para a mãe do depoente ver. Elisângela lhe entregou o documento sob a condição de que ele não contasse para ninguém, alegando se tratar de um assunto pessoal entre os dois. Com o documento em mãos, foi até a Defensoria Pública, ocasião em que teve a confirmação de que o documento era falso. Chegou a repetir o exame de DNA, cujo resultado também deu negativo. Depois dos fatos não teve mais contato com a ré.

A testemunha Bruno Boiko Pereira de Figueiredo, relatou em juízo que é biólogo e Diretor da Divisão de Genética Molecular do Instituto de Perícias Científicas. Afirmou que o laudo de exame de DNA adulterado (f. 17-20) possui vários tópicos com informações equivocadas, como é o caso da expressão *"positivo, com 100% de certeza de inclusão"*, eis que, quando um laudo possui resultado positivo, nunca será com 100% de precisão, por se tratar de uma estatística. Ressaltou, ainda, que há erros na planilha, na coluna "FÓRM" da tabela, explicando que em exames com resultado positivo, a parte da tabela que se refere a fórmula nunca está preenchida com "inclui" ou "exclui", e sim com a fórmula utilizada. Da mesma forma, no campo da

probabilidade de paternidade, ao invés de estar escrito "NIHIL", deveria constar os números da probabilidade. Que a expressão "NIHIL", somente é utilizada quando o resultado é negativo, indicando a ausência de cálculo. Ao final, acrescentou que o documento falsificado em questão foi um dos melhores que já viu e que a pessoa realmente se esforçou e dedicou um tempo na falsificação do documento para ludibriar quem receberia o exame, porém acredita que a pessoa que falsificou o documento não possuía conhecimento específico na área, pois se assim o fosse teria colocado a fórmula no campo da tabela onde foi inserida a expressão "inclui".

Como se vislumbra, o diretor do IPC relatou com riqueza de detalhes as adulterações realizadas no laudo pericial expedido por aquele Instituto, não restando dúvidas que o documento que a ré apresentou à vítima foi falsificado após a sua retirada do laboratório.

Assim, os documentos juntados aos autos, aliado aos depoimentos testemunhais comprovam a prática delitiva por parte da apelante, na medida em que inseriu ou fez inserir declaração falsa no laudo de exame de DNA, fazendo constar o resultado positivo para paternidade, quando na verdade o resultado é negativo, com o intuito de criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante em relação à vítima Sérgio Luiz da Conceição, apontando-o como pai de seu filho, tanto que a criança chegou a ser registada como filho da vítima, com base no exame falsificado (f. 28).

Destarte, não vislumbro qualquer equívoco na sentença, de modo que mantenho a condenação da apelante pela prática do crime previsto no art. 299, *caput*, do CP.

Da pena-base

A apelante requer o afastamento da valoração negativa da culpabilidade, circunstancias e consequências do crime, fixando a pena-base no mínimo legal.

O juízo *a quo* fixou a pena-base nos seguintes termos:

> *"Analisando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, verifico que:* ***a culpabilidade, ou seja, o grau de reprovabilidade da conduta da condenada, deve lhe prejudicar, porquanto induziu o ofendido em erro através do documento ideologicamente falso, fazendo-o acreditar que era pai biológico de seu filho, passando a arcar com seu suporte material, além da carga emocional naturalmente decorrente da paternidade****; os* ***antecedentes*** *não lhe prejudicam, já que inexistem informações nos autos acerca de sentenças condenatórias anteriores com trânsito em julgado que não sirvam para fins de reincidência (f. 116); não há elementos suficientes nos autos para se definir a* ***conduta social*** *da condenada; da mesma forma, a* ***personalidade*** *do agente não foi objeto de prova nos autos; os* ***motivos*** *da infração penal não desbordam da normalidade, tendo em vista a tipificação legal; as* ***circunstâncias também devem aumentar a_pena-base, já que a falsidade ideológica do laudo de DNA atestando resultado positivo para a paternidade ensejou a elaboração de outro documento ideologicamente falso, qual seja a certidão de nascimento de f. 28, onde constou erroneamente Sérgio Luiz da Conceição como genitor biológico da criança, destarte justificando a exasperação da pena-base; as consequências também devem lhe prejudicar, eis que o ofendido foi forçado a ingressar com ação negatória de paternidade c/c retificação do registro civil (f. 21-25) para retificar as informações falsas inseridas pela ré, gerando ainda mais prejuízos financeiros e desgaste emocional para a vítima****; não há que se considerar o comportamento da vítima."* (G.n.)

Pois bem. A culpabilidade refere-se à censurabilidade da conduta, ao grau de reprovabilidade social da ação, diante dos elementos disponíveis no caso concreto.

Sobre tal circunstancia, leciona Ricardo Augusto Schmitt (Sentença penal condenatória: teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 130-131):

> *"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 (...).”

No caso, como ressaltado na sentença, a ré falsificou o exame de DNA com o objetivo de induzir a vítima a erro, fazendo-o acreditar que era o pai biológico de seu filho e com isso conseguir vantagens financeiras, já que o mesmo teria que arcar com as despesas decorrentes da paternidade.

De outro norte, no que diz respeito às consequências do crime, devem ser entendidas como o resultado da ação do agente; em outras palavras, são os efeitos (maior ou menor) provocadas na vítima, tanto de cunho material, quanto moral, desde que se refiram a fatos que não integram o tipo penal.

Assim, a avaliação negativa desta circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal, como na presente hipótese, em que se observa que em razão da falsidade perpetrada pela ré, a vítima arcou com todas as despesas decorrentes da paternidade, desde a gestação, além das alterações emocionais decorrentes da notícia de que teria um filho, bem como pelo fato da ré ter registrado a criança em nome da vítima, o qual precisou ingressar com ação judicial negatória de paternidade, o que, como salientado na sentença, causou-lhe ainda mais danos materiais e mais desgaste emocional.

De outro norte, no que diz respeito às circunstâncias do crime, a negativação deve ser mantida.

O conceito de circunstancias do crime corresponde à maior ou menor gravidade do delito, em razão do modus operandi empregado na prática do ato, que não compõe os elementos do tipo, mas influenciam em sua gravidade.

Ricardo Augusto Schimitt, ao definir tal moduladora, ensina que: *“São elementos que não compõem a infração penal, mas que influenciam em sua gravidade, tais como* ***o estado de ânimo do agente, o local da ação delituosa, o tempo de sua duração, as condições e o modo de agir, o objeto utilizado, a atitude assumida pelo autor no decorrer da realização do fato, o relacionamento existente entre o autor e a vítima,*** *entre outros.”* (Sentença penal condenatória. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 167). Destaquei.

No caso concreto, o juízo *a quo* considerou-as grave a circunstância do crime, uma vez que deu causa à confecção de outro documento ideologicamente falso, qual seja, a certidão de nascimento juntado ao presente feito à f. 28.

Pois bem. No caso, entendo que o fato da falsificação do exame pericial ter dado aso ao registro de nascimento da criança como filho da vítima, tal fato caracteriza uma das consequências do crime e não circunstância. Entretanto, ainda que por razões diversas, entendo que a negativação desta circunstancia judicial deve ser mantida, pois neste ponto verifica-se que o modo de agir, a atitude assumida pela ré, o relacionamento com a vítima, além do objeto utilizado/falsificado, devem ser valorados em desfavor da ré, que deliberadamente falsificou um documento expedido por um Instituto de Perícias idôneo, de modo que este foi fundamental para induzir o ofendido a erro, acreditando ser o pai de seu filho e suportar todas as obrigações daí decorrente.

Com efeito, no caso em tela, a exasperação da pena-base em decorrência da valoração negativa das citadas circunstâncias judiciais deve ser mantida, não havendo, outrossim, que se falar que o *quantum* do aumento da pena-base se revele desproporcional ou exacerbado.

Portanto, a sentença objurgada não merece qualquer reparo.

Ante todo o exposto, conheço do recurso de apelação e, de acordo com o parecer, lhe nego provimento, mantendo incólume os termos da sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. 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, Juiz Lúcio R. da Silveira e Des. Emerson Cafure.

Campo Grande, 22 de junho de 2020.

***

1ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz Lúcio R. da Silveira
Apelação Criminal nº 0000668-91.2016.8.12.0036 – Inocência

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – LATROCÍNIO NA FORMA TENTADA – PRELIMINAR DE NULIDADE AFASTADA – *EMENDATIO LIBELLI* – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL – CONDENAÇÃO MANTIDA – INTENÇÃO DE MATAR A VÍTIMA EVIDENCIADA – ROBUSTEZ PROBATÓRIA – AGRAVANTE MANTIDA – PATAMAR DA TENTATIVA PRESERVADO – DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA NÃO CONFIGURADA – REGIME FECHADO IMPOSITIVO – NÃO PROVIDO.

O Magistrado singular agiu na forma do art. 383 do Código de Processo Penal, pois a denúncia descreveu o fato criminoso apontando com exatidão a conduta imputada e possibilitou ao acusado o exercício do direito de defesa. De acordo com o princípio da correlação, o fato imputado ao réu, na peça inicial acusatória, guardou perfeita correspondência com o fato reconhecido pelo juiz, na sentença. Aplicada a *emendatio libeli,* não há que se falar em violação aos princípios da correlação e devido processo legal, pois não houve alteração fática sobre o que se oportunizou ampla defesa, mas somente atribuiu-se nova definição jurídica aos tais fatos.

No mérito, tanto a pretensão absolutória quanto desclassificatória não encontra respaldo no arcabouço probatório. A vítima ouvida em juízo, disse que o réu esteve momentos antes dos fatos esteve na fazenda questionando-lhe se possuía arma de fogo e ao retornar, no instante em que o ofendido abriu a porta, diante da negativa de entregar a arma de fogo que possuía guardada em sua residência ao réu, este efetuou disparo de arma de fogo em sua face para lhe matar e que *"quase lhe matou mesmo"*. Disse que possui dois chumbos alojados em sua cabeça. Afirmou enfaticamente que o tiro foi para matar-lhe. Narrou que foi furtado de sua residência uma espingarda que possuía. Reconheceu sem dúvidas o réu como o autor do disparo. Os relatos são corroborados pela prova oral e pericial. No mínimo se identifica o dolo eventual na conduta *"no contexto e em razão do roubo*[1]*"*, configurando o crime de latrocínio na forma tentada. A intensidade das lesões provocadas na vítima, não desfigura a intenção de matar do agressor, mormente quando o disparo é efetuado no rosto da vítima, conforme laudo pericial. *"O ladrão emprega violência querendo matar a vítima, mas não consegue alcançar o resultado. O crime é de tentativa de latrocínio, ainda que a vítima suporte lesão corporal de natureza grave."* (MASSON, Cleber. Código penal comentado. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018). Da dinâmica comprovada dos fatos, o caso é de acolhimento da pretensão Ministerial a fim de reconhecer a necessidade de alteração da capitulação jurídica dada aos fatos, a fim de, em aplicação da *emendatio libelli* (art. 383 do CPP), condenar o réu pela prática do crime de latrocínio na forma tentada – art. 157, § 3º, primeira parte c/c art. 14,II, do Código Penal (anterior à Lei n. 13.654/2018, não retroativa por ser prejudicial ao réu), tal como fez o Magistrado Singular.

Mantém-se a agravante da senilidade da vítima, pois conforme dispõe o art. 385 do Código de Processo Penal: *"Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada"*. Logo é assente o entendimento de que o reconhecimento de agravante não descrita na denúncia não fere o princípio da congruência.

O juízo *a quo* fixou em 1/3, o patamar de diminuição pela tentativa. Incabível outro patamar. No caso da tentativa, situação em que o crime não foi consumado por circunstâncias alheias à vontade do agente, a infração penal deve ser quantificada mediante aplicação de causa geral de diminuição de pena que pode variar de um a dois terços. Para estabelecer a fração de redução é preciso que seja

1 MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial (arts. 121 a 212). 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. v. 2.

adotado um critério relacionado à maior ou menor proximidade da consumação, ou seja, é necessário observar a distância percorrida do *iter criminis*. Assim, quanto maior a proximidade entre o fato e o resultado, menor deverá ser o patamar de redução de pena a ser aplicado. No caso dos autos, dos relatos da vítima e da dinâmica factual, os atos executórios foram todos praticados, estando o crime demasiadamente próximo de alcançar sua consumação, o que somente não ocorreu por circunstâncias alheias a sua vontade. Improspera assim, a alegação de desistência voluntária, pois do conjunto probatório depreende-se que o acusado tentou ceifar a vida da vítima, que saiu em busca de socorro pelos fundos da sua residência, sendo que o réu deixou o local somente após subtrair pertences desta.

Por fim, mantido o apenamento inalterado, preserva-se o regime inicial fechado, com fundamento no art. 33, § 2º, "a", do Código Penal.

Com o parecer, afasta-se a preliminar de nulidade e no mérito, nega-se provimento ao recurso.

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, 13 de abril de 2020.

Juiz Lúcio R. da Silveira - Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Trata-se de apelação criminal interposta por Luciano Rodrigues de Souza, condenado à pena de 15 (quinze) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 7 (sete) dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 157, § 3º, segunda parte (com resultado morte), c/c o art. 14, II, do Código Penal, com redação anterior à Lei de n. 13.654 de 23-4-2018.

Nas suas razões recursais às f. 220-230, preliminarmente, argumenta nulidade da sentença em face da *emendatio libelli,* diante do teor da denúncia e que por tal teria havido violação ao princípio do devido processo legal. No mérito, pugna pela absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, requer a desclassificação do delito para roubo com emprego de arma de fogo, bem como o afastamento da agravante prevista no artigo 61, inciso II, "h", do Código Penal, o redimensionamento do *quantum* da causa de diminuição da pena referente à tentativa no patamar de 2/3, reconhecimento de desistência voluntária e, por fim, a fixação de regime inicial de cumprimento de pena aberto.

A Promotoria de Justiça, em contrarrazões às f. 242-253, manifestou-se pelo desprovimento do apelo.

Parecer da Procuradoria de Justiça às f. 263-273 pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Trata-se de apelação criminal interposta por Luciano Rodrigues de Souza, condenado à pena de 15 (quinze) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 7 (sete) dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 157, § 3º, segunda parte (com resultado morte), c/c o art. 14, II, do Código Penal, com redação anterior à Lei de n. 13.654 de 23-4-2018.

Nas suas razões recursais às f. 220-230, preliminarmente, argumenta nulidade da sentença em face da *emendatio libelli,* diante do teor da denúncia e que por tal teria havido violação ao princípio do devido processo legal. No mérito, pugna pela absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, requer a desclassificação do delito para roubo com emprego de arma de fogo, bem como o afastamento da agravante prevista no artigo 61, inciso II, "h", do Código Penal, o redimensionamento do *quantum* da causa de diminuição da pena referente à tentativa no patamar de 2/3, reconhecimento de desistência voluntária e, por fim, a fixação de regime inicial de cumprimento de pena aberto.

A Promotoria de Justiça, em contrarrazões às f. 242-253, manifestou-se pelo desprovimento do apelo.

Parecer da Procuradoria de Justiça às f. 263-273 pelo desprovimento do recurso.

Passa-se a analisar.

Narra a denúncia:

> *"Noticia o incluso auto de Inquérito Policial n. 97/2016, que no dia 09 de outubro de 2016, por volta das 21h00min., nesta cidade, na Fazenda 'Moranga Rendeira', o denunciado subtraiu coisa alheia móvel mediante violência que resultou lesão grave, conforme Boletim de Ocorrência de f. 04-05 e 07); Termo de Declarações (f. 08-09; 12), Interrogatório (f. 26) e Laudo de exame de corpo de deito (f. 20-21) [sic] e Laudo de exame em arma de fogo (f. 48-51).*
>
> *Consta que no dia, horário e local mencionados, a vítima estava na fazenda em que trabalha, quando o denunciado o chamou e iniciaram uma conversa na qual lhe fora questionado se tinha dinheiro e arma na residência, ao que respondeu afirmativamente, tendo o denunciado, posteriormente se retirado.*
>
> *Ato contínuo, após aproximadamente 30(trinta) minutos, o denunciado retornou ao local dos fatos armado, e com o intuito de subtrair a arma disse à vítima para que lhe entregasse, tendo esta se recusado proferiu: '(...) então tá já que o senhor não vai entregar a arma, eu vou te matar' (sic) (f. 08), momento em que o denunciado sacou uma espingarda, marca Rossi, calibre 28 e efetuou um disparo que atingiu a face da vítima, causando-lhe lesões graves1 conforme laudo de exame de corpo de delito (f. 20 e 21). Após atingir a vítima, o denunciado subtraiu a arma do ofendido, uma 'garrucha' (f. 08) e saiu em fuga.*
>
> *Diante do exposto, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul denuncia Luciano Rodrigues de Souza como incurso no artigo 157, § 3º, primeira parte, do Código Penal, requerendo que recebida e autuada esta, seja o denunciado devidamente processado, citando-o e notificando-o para interrogatório e demais atos do processo, sob pena de revelia, ouvindo-se na instrução que seguirá o as pessoas adiante arroladas, sob as penas da lei, prosseguindo-se até final condenação."*

Preliminar de nulidade: *emendatio libelli* e alegação de violação ao princípio do devido processo legal

Nas alegações finais, o *Parquet*, requereu a emenda da inicial, a fim de capitular o fato típico como o previsto no art. 157, § 3º, 2ª parte, c/c art. 14, inc. II, todos do Código Penal, com redação anterior à Lei nº 13.654/2018.

Assim, na sentença de Primeiro Grau, o Magistrado Singular, considerou:

> *"Aplico o instituto da emendatio libelli, pelo pedido do MPE (f. 154).*
>
> *Sobre o tema, a doutrina abalizada, in verbis:*
>
> *Situação 'D': subtração consumada + morte tentada = latrocínio tentado. Majoritariamente, sempre reinou o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que, se a subtração se consuma, mas a morte, quando desejada ou aceita pelo agente, fica na*

> *esfera da tentativa, o crime é de latroncínio tentado. Com efeito, é o dolo (direto ou eventual) o fator diferenciador da tentativa de latrocínio, na qual o sujeito quer a morte da vítima ou assume o risco de produzi-la, do roubo qualificado pela lesão corporal grave (CP, art. 157, § 3°, primeira parte), crime em que o agente quer ou assume o risco tão somente de produzir refimentos [sic] graves na vítima, sem desejar sua morte ou aceitar o risco de provocá-la.*
>
> *Entretanto, o Supremo Tribunal Federal tem decidido de forma inovadora, que não se pode falar em latrocínio tentado quando a morte não se consuma, ainda que o ladrão agisse com dolo direto ou eventual no tocante à conduta de eliminar a vida alheia. (MASSON, Cléber; Direito penal esquematizado: parte especial. 6. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro-RJ: Forense, 2014. p. 440-441. v. 2).*
>
> *Adoto o entendimento clássico, pois, no mínimo, o réu assumiu o risco de matar a vítima. Ora, o disparo foi efetuado no rosto da vítima citada."*

A preliminar deve ser afastada.

O magistrado singular agiu na forma do art. 383 do Código de Processo Penal:

> *"Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave."*

A denúncia descreveu o fato criminoso apontando com exatidão a conduta imputada e possibilitou ao acusado o exercício do direito de defesa.

De acordo com o princípio da correlação, o fato imputado ao réu, na peça inicial acusatória, guardou perfeita correspondência com o fato reconhecido pelo juiz, na sentença.

Aplicada a *emendatio libeli,* não há que se falar em violação aos princípios da correlação e devido processo legal, pois não houve alteração fática sobre o que se oportunizou ampla defesa, mas somente atribuiu-se nova definição jurídica aos tais fatos.

Mérito

Absolvição por insuficiência probatória ou desclassificação do crime para roubo

Tanto a pretensão absolutória quanto desclassificatória não encontra respaldo no arcabouço probatório.

A vítima ouvida em juízo, disse que o réu esteve momentos antes dos fatos esteve na fazenda questionando-lhe se possuía arma de fogo e ao retornar, no instante em que o ofendido abriu a porta, diante da negativa de entregar a arma de fogo que possuía guardada em sua residência ao réu, este efetuou disparo de arma de fogo em sua face para lhe matar e que *"quase lhe matou mesmo"*. Disse que possui dois chumbos alojados em sua cabeça. Afirmou enfaticamente que o tiro foi para matar-lhe. Narrou que foi furtado de sua residência uma espingarda que possuía. Reconheceu sem dúvidas o réu como o autor do disparo (mídia f. 139).

O informante Antonio, sobrinho do ofendido, confirmou os relatos da vítima, que de forma idêntica lhe foi descrito logo após os fatos, dizendo ainda que era de conhecimento da comunidade local que a vítima possuía arma e dinheiro em sua casa, na Fazenda em que morava, onde aconteceram os fatos (mídia f. 139-140).

O réu admite a subtração da espingarda, contudo nega que tenha efetuado disparo no ofendido (mídia f. 139).

No mínimo se identifica o dolo eventual na conduta *"no contexto e em razão do roubo*[2]*"*, configurando o crime de latrocínio na forma tentada.

2 MASSON, Cleber. **Direito penal**: parte especial (arts. 121 a 212). 12. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. v. 2.

Leciona ainda MASSON[3]:

> *"(...) essa violência precisa ter sido dolosamente utilizada durante o roubo. Em síntese, exige-se o emprego intencional de violência à pessoa, a qual produz a morte da vítima, dolosa ou culposamente. (...) como o latrocínio é crime complexo, envolvendo subtração (roubo) e morte (homicídio), é possível que uma delas se aperfeiçoe, e a outra não."*

No mesmo sentido o julgado do decidiu o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Reynaldo Soares da Fonseca em decisão monocrática proferida em 29.03.2019 no *HC* 479.204:

> *"Ora, não somente a mais abalizada doutrina como também a jurisprudência desta Corte entendem configurado o latrocínio em sua modalidade tentada sempre que o agente, com o fim de assegurar o êxito do roubo, intenta contra a vida da vítima (com animus necandi), somente não se consumando o homicídio por circunstâncias alheias à sua vontade. Assim, é o dolo (direto ou eventual) o fator diferenciador da tentativa de latrocínio, na qual o sujeito quer a morte da vítima ou assume o risco de produzi-la, do roubo qualificado pela lesão corporal grave (CP, art. 157, § 3.°, 1ª parte), crime em que o agente quer ou assume o risco tão somente de produzir ferimentos graves na vítima, sem desejar sua morte ou aceitar o risco de provocá-la. (MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado: parte especial. 7. ed. São Paulo: Método; Forense, 2015. p. 380. v. 2)*
>
> *Nesse sentido: (...) A figura típica do latrocínio se consubstancia no crime de roubo qualificado pelo resultado, em que o dolo inicial é de subtrair coisa alheia móvel, sendo que as lesões corporais ou a morte são decorrentes da violência empregada, atribuíveis ao agente a título de dolo ou culpa 2. Embora haja discussão doutrinária e jurisprudencial acerca de qual delito é praticado quando o agente logra subtrair o bem da vítima, mas não consegue matá-la, prevalece o entendimento de que há tentativa de latrocínio quando há dolo de subtrair e dolo de matar, sendo que o resultado morte somente não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente."* (*HC* 201.175/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 23/4/2013, DJe 8/5/2013).

A intensidade das lesões provocadas na vítima, não desfigura a intenção de matar do agressor, mormente quando o disparo é efetuado no rosto da vítima, conforme laudo pericial de f. 24-27.

Mais uma vez, oportuno o escólio de Masson (Código penal comentado. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018).

> *"O ladrão emprega violência querendo matar a vítima, mas não consegue alcançar o resultado. O crime é de tentativa de latrocínio, ainda que a vítima suporte lesão corporal de natureza grave."*

Da dinâmica comprovada dos fatos, o caso é de acolhimento da pretensão Ministerial a fim de reconhecer a necessidade de alteração da capitulação jurídica dada aos fatos, a fim de, em aplicação da *emendatio libelli* (art. 383 do CPP), condenar o réu pela prática do crime de latrocínio na forma tentada – art. 157, § 3º, primeira parte c/c art. 14,II, do Código Penal (anterior à Lei n. 13.654/2018, não retroativa por ser prejudicial ao réu), tal como fez o Magistrado Singular.

Agravante prevista no artigo 61, inciso II, "h", do Código Penal

A Defesa pretende o afastamento da agravante em face de ser a vítima pessoa idosa.

De igual maneira, não merece acolhimento a pretensão.

Dispõe o art. 385 do Código de Processo Penal:

> *"Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada."*

3 MASSON, Cleber.*Op.Cit.*

Logo é assente o entendimento de que o reconhecimento de agravante não descrita na denúncia não fere o princípio da congruência, pois *"as agravantes e atenuantes devem obrigatoriamente, incidir na fixação da pena. Isto se depreende da redação dos arts. 61 ('sempre agravam a pena'), 62 ('a pena será agravada') e 65 ('sempre atenuam a pena'), todos do Código Penal. Sua aplicação, portanto, é compulsória*[4]*."*

Causa de diminuição da pena referente à tentativa

Pretende ainda, o redimensionamento do *quantum* da tentativa no patamar de 2/3. Sem razão entrementes.

O juízo *a quo* fixou em 1/3. Incabível outro patamar.

No caso da tentativa, situação em que o crime não foi consumado por circunstâncias alheias à vontade do agente, a infração penal deve ser quantificada mediante aplicação de causa geral de diminuição de pena que pode variar de um a dois terços.

Para estabelecer a fração de redução é preciso que seja adotado um critério relacionado à maior ou menor proximidade da consumação, ou seja, é necessário observar a distância percorrida do *iter criminis*. Assim, quanto maior a proximidade entre o fato e o resultado, menor deverá ser o patamar de redução de pena a ser aplicado.

No caso dos autos, dos relatos da vítima e da dinâmica factual, os atos executórios foram todos praticados, estando o crime demasiadamente próximo de alcançar sua consumação, o que somente não ocorreu por circunstâncias alheias a sua vontade.

Improspera assim, a alegação de desistência voluntária, como leciona Bitencourt:

> *"O agente, embora tenha iniciado a execução, não a leva adiante; mesmo podendo prosseguir, desiste da realização típica. Na desistência voluntária, o agente mudou de propósito, já não quer o crime; na forçada, mantém o propósito, mas recua diante da dificuldade em prosseguir*[5]*."*

Como se vê, as provas acima são no sentido de que o acusado tentou ceifar a vida da vítima, que saiu em busca de socorro pelos fundos da sua residência, sendo que o réu deixou o local somente após subtrair pertences desta.

Por fim, mantido o apenamento inalterado, preserva-se o regime inicial fechado, com fundamento no art. 33, § 2º, "a", do Código Penal.

Com o parecer, afasta-se a preliminar de nulidade e no mérito, nega-se 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. 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, 13 de abril de 2020.

***

4 AVENA, Norberto. **Processo penal**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

5 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

1ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz Lúcio R. da Silveira
Apelação Criminal nº 0006849-53.2015.8.12.0001 – Campo Grande

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14, *CAPUT*, DA LEI N. 10.826/2003) – PLEITO ABSOLUTÓRIO – NÃO ACOLHIMENTO – PROVAS ROBUSTAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE – DOSIMETRIA DA PENA – MAUS ANTECEDENTES NEUTRALIZADOS – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E TEORIA DO ESQUECIMENTO – REDIMENSIONAMENTO DA PENA – PEDIDO PARA EXCLUSÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – INCABÍVEL – NÃO DECURSO DO PERÍODO DEPURADOR DE 05 (CINCO) ANOS – MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL – FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO – INACOLHIMENTO – REINCIDÊNCIA CONFIGURADA – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Os elementos probatórios, especialmente a prova oral e a arma apreendida, demonstram suficientemente a autoria e materialidade do delito previsto no art. 14, da Lei n. 10.826/2003, razão pela qual, mantém-se a condenação.

Condenação pretérita muito antiga não pode ser utilizada a título de antecedentes na exasperação da pena basilar, em obediência ao princípio da razoabilidade e à teoria do direito ao esquecimento, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Ressalta-se, que tal entendimento não se confunde com o período depurador de cinco anos regulamentado pelo Código Penal no art. 64, I, o qual se refere apenas à reincidência.

Verificando que entre a extinção da punibilidade e o cometimento do delito apurado nesses autos, ainda não havia decorrido o prazo de 05 (cinco) anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, mostra-se correta a aplicação da agravante da reincidência.

A respeito do regime prisional, não é o caso de aplicação da orientação contida na Súmula n. 269 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a existência de uma circunstancial judicial negativa (antecedentes), bem como pelo fato de que se trata de réu reincidente.

Para que a substituição da pena ocorra, faz-se necessário que o Réu preencha, de forma cumulativa, os requisitos dispostos no artigo 44 do Código Penal, quais sejam, pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, crime não cometido com violência ou grave ameaça, não ser reincidente em crime doloso e possuir todas as circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal favoráveis. Nestes termos, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois em desfavor dos Réus pende a vetorial relativa aos antecedentes, além de ser reincidente.

Em parte com o parecer, recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 11 de maio de 2020.

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 Rodinei Ortega dos Santos contra a sentença (f. 257-268), que julgando procedente a pretensão punitiva estatal, condenou os Réus Thiago Pereira Sorrilha, José Roberto Pereira Paiva e Rodinei Ortega dos Santos, pela prática do delito capitulado no art. 14, *caput*, da Lei 10.826/2003.

As penas restaram assim fixadas:

Réus Thiago e José: 10 (dez) dias-multa e 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, sendo a reprimenda corpórea substituída por duas penas restritivas de direitos.

Réu Rodinei: 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Em razões recursais (f. 299-310), o apelante Rodinei pede a sua absolvição por falta de provas. Subsidiariamente, pretende: a) aplicação da pena-base no mínimo legal; b) afastamento da agravante da reincidência; c) fixação de regime aberto; d) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nas contrarrazões (f. 314-326), o Ministério Público Estadual requer o improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer (f. 336-349), manifestou-se pelo conhecimento e, no mérito, pelo improvimento do apelo defensivo.

Houve prequestionamento de matérias.

VOTO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto por Rodinei Ortega dos Santos contra a sentença (f. 257-268), que julgando procedente a pretensão punitiva estatal, condenou os Réus Thiago Pereira Sorrilha, José Roberto Pereira Paiva e Rodinei Ortega dos Santos, pela prática do delito capitulado no art. 14, *caput*, da Lei 10.826/2003.

As penas restaram assim fixadas:

Réus Thiago e José: 10 (dez) dias-multa e 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, sendo a reprimenda corpórea substituída por duas penas restritivas de direitos.

Réu Rodinei: 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, e pagamento de 11 (onze) dias-multa.

Em razões recursais (f. 299-310), o apelante Rodinei pede a sua absolvição por falta de provas. Subsidiariamente, pretende: a) aplicação da pena-base no mínimo legal; b) afastamento da agravante da reincidência; c) fixação de regime aberto; d) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Nas contrarrazões (f. 314-326), o Ministério Público Estadual requer o improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer (f. 336-349), manifestou-se pelo conhecimento e, no mérito, pelo improvimento do apelo defensivo.

Narra a denúncia em relação ao Recorrente:

> *"(...) 4. No dia 13.02.2015, por volta das 22h05min, na rua Vitória Zardo, bairro Santa Emília, nesta cidade de Campo Grande, MS, os denunciados José Roberto Pereira Paiva e Rodinei Ortega dos Santos portaram/transportaram a mesma arma de fogo acima mencionada (revolvera TAURUS, calibre .38, n. de série 1330617), com uma muniçaõ intacta, sem autorização e em desacordo com determinação legal.*
>
> *5. Na ocasião dos fatos, os denunciados José Roberto Pereira Paiva e Rodinei Ortega dos Santos trafegaram em via pública, com a motocicleta Yamaha T115 Crypton K, cor vermelha, placa NRK-2333, conduzida pelo primeiro, com o segundo na garupa, visualizaram uma guarnição da Polícia Militar e empreenderam fuga, sendo acompanhados e abordados em frente do Mercado Real, localizado na Rua Carlos Alberto Mendonça Lima. A arma de fogo estando sendo portada e transportada pelo denunciado Rodinei Ortega dos Santos a pedido do denunciado José Roberto Pereira Paiva, com pleno conhecimento deste.*
>
> *6. O denunciado José Roberto Pereira Paiva confessou ser o proprietário da arma de fogo, que tinha acabado de ir busca-la na casa do denunciado Thiago Pereira Sorrilha, para quem a havia emprestado, juntamente com o denunciado Rodinei Ortega Dos Santos, pedindo para este porta-la (segura-la) na garupa da motocicleta, enquanto o primeiro conduzia o veículo, que possuía dois desafetos que o haviam ameaçado meses atrás e que comprou a arma de fogo da pessoa de 'Macaco', pelo valor de R$1.600,00, no bairro Cidade de Deus, nesta capital.*
>
> *7. O denunciado Rodinei Ortega dos Santos confessou que acompanhou o denunciado José Roberto Pereira Paiva até a casa do denunciado Thiago Pereira Sorrilha, onde o primeiro apanhou a arma de fogo que havia emprestado a este, que a portou (segurou)/transportou a pedido do primeiro, enquanto esta na garupa da motocicleta (...)."*

É o relatório, passa-se à decisão.

Pleito absolutório.

Ressalta-se, inicialmente, que a expedição de um decreto condenatório deve basear-se em elementos de provas que sejam capazes de demonstrar indubitavelmente a existência do crime e quem seria o seu autor, ou seja, provas contundentes e robustas da materialidade e autoria do fato criminoso.

Logo, o magistrado deverá formar o seu convencimento a partir das provas legalmente produzidas pelas partes, em especial atendimento ao contraditório judicial.

Neste sentido, inclusive, é a regra prevista no art. 155 do CPP:

> *"Art. 155. 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, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas."*

Ademais, vigora no Processo Penal o sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional, reconhecendo-se, assim, liberdade ao julgador para apreciar e valorar as provas livremente produzidas, fundamentando e expondo com clareza as razões de seu convencimento.

A esse respeito, Guilherme de Souza Nucci:

> *"Persuasão racional, que é o método misto, também chamado de convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação fundamenta ou prova fundamentada. Trata-se do sistema adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, encontrando, inclusive, fundamento na Constituição Federal (art, 93, IV) e significando a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato."*

No presente caso, denota-se que agiu corretamente o Juiz sentenciante ao condenar o apelante, uma vez o conjunto probatório produzido no processo autoriza a expedição de um decreto condenatório.

A materialidade está comprovada pelo auto de prisão em flagrante (f. 07-19), laudo pericial (f. 83-88), bem como pelos depoimentos testemunhais.

De igual forma a autoria restou devidamente demonstrada nos autos.

A versão defensiva no sentido de que não há provas de que o apelante não teve a intenção de portar ou transportar arma e fogo, restou isolada nos autos.

As provas testemunhais produzidas, aliada à confissão dos demais Corréus, não deixam dúvidas da prática do crime por parte do Recorrente.

Em juízo (f. 199 – gravação audiovisual), o Acusado José Roberto foi bastante objetivo e confessou que realmente buscou a arma de fogo, de sua propriedade, na casa do Correu Thiago, sendo que na abordagem policial era o apelante Rodinei quem estava portando o artefato, uma vez que estava trafegando na garupa da moto.

No mesmo sentido, são as declarações prestadas pelo réu Thiago por ocasião do seu interrogatório judicial (f. 221 – gravação audiovisual), que ao esclarecer a dinâmica dos fatos, confirmou que o apelante Rodinei foi até a sua residência, juntamente com o Corréu José Roberto, em uma motocicleta, para buscar a arma de fogo apreendido, relatando que viu Rodinei indo na garupa da moto.

Corroboram as declarações acima, o depoimento prestado pelos Policiais Militares Edmar Freitas Pereira e Rogélio Ronez de Oliveira (f. 198 – gravação audiovisual), já que ambos foram uníssonos em afirmar em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, que no momento da abordagem era Rodinei quem estava portando a arma de fogo.

Assim, sem maiores delongas, infere-se do conjunto probatório que enquanto a versão do Réu Rodinei encontra-se isolada nos autos, o fato imputado ao recorrente possui vários elementos de prova, aptos a ampararem o édito condenatório.

Aliás, a esse respeito anotou, de forma acertada, o juízo sentenciante que *"(...) o conjunto probatório contido nos autos é firme e conclusivo no sentido de que os acusados efetivamente portaram a arma de fogo, sem autorização legal, fora de suas residências, sendo que referida arma estava municiada e apta para efetuar disparos."*

Portanto, não há falar em insuficiência probatória, pois cabalmente demonstrado pelas provas dos autos a autoria.

Com efeito, fica mantida a condenação.

Dosimetria da pena.

Pena-base.

O apelante pretende a fixação da pena basilar em seu mínimo legal, alegando, em síntese, que deve ser decotada a vetorial dos antecedentes, uma vez que as condenações criminais anteriores, cujo cumprimento integral ou extinção se deu em período superior a 05 (cinco) anos, não devem ser consideradas para fins de negativação da referida circunstância judicial.

Denota-se da sentença condenatória, que em relação ao quanto alegado pela defesa, foi utilizado como maus antecedentes uma condenação existente nos Autos n. 0234704-14.2001.8.12.0001, cujo transito em julgado da sentença ocorreu em 06/02/2004.

Assiste razão ao recorrente.

Como se vê da folha de antecedentes criminais (f. 132-133), em relação ao Processo n. 0234704-14.2001.8.12.0001, houve o trânsito em julgado de sentença condenatória em 06/02/2004, sendo que a pena corpórea foi substituída por 20 (vinte) dias-multa, contando-se, portanto, daquele dia o período depurador para os efeitos da reincidência e antecedentes.

Assim, considerando que o fato aqui apurado foi perpetrado em 13/02/2015, constata-se que já haviam decorrido 11 (onze) anos do trânsito em julgado da condenação anterior.

Portanto, em observância ao princípio da razoabilidade e à teoria do direito ao esquecimento, consoante precedentes dos Tribunais Superiores, os antecedentes não podem ser valorados como negativos, pois há o período depurador superior a dez anos.

Na questão, verifica-se que para fins dos efeitos da reincidência, o art. 64, I, do Código Penal, é claro ao estabelecer o prazo de 05 (cinco) anos, contudo, inexiste previsão legal quanto ao período para gerar maus antecedentes.

Nesse ponto, esclarece-se que muito embora o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha julgado o mérito do RE nº 593.818 RG/SC – com repercussão geral já reconhecida (DJe 03/04/2009), ou seja, sedimentando se existe ou não um prazo limite para se sopesar uma condenação anterior como maus antecedentes, este juízo perfilha do entendimento de que o período depurador de cinco anos, regulamentado pelo Código Penal no art. 64, I, refere-se apenas à reincidência, não se aplicando, portanto, aos antecedentes para fins de fixação da pena-base, por ausência de previsão legal.

Entende-se que no caso, incide o princípio da razoabilidade e à teoria do direito ao esquecimento, tendo em vista que a condenação definitiva do delito gerador dos antecedentes criminais é antiga, ocorrida há pouco mais que 11 (onze) anos antes do crime retratado nos presentes autos, devendo, por tais motivos, ser neutralizada a referida circunstância judicial.

A propósito, confira decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça nesse sentido:

> *"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS – FURTO SIMPLES – PENA-BASE – ANTECEDENTES – DIREITO AO ESQUECIMENTO – REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA E CONFISSÃO – COMPENSAÇÃO – POSSIBILIDADE – REGIME FECHADO – MOTIVAÇÃO INSUFICIENTE – AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que condenações Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul transitadas em julgado há mais de cinco anos podem ser consideradas como maus antecedentes para efeito de fixação da pena-base. 2. Quando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos, admite-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento. 3. A Terceira Seção desta Corte Superior, por ocasião do julgamento do HC n. 365.963/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, decidiu, em acórdão pendente de publicação, ser possível a integral compensação da atenuante da confissão espontânea com a reincidência específica. 4. A instância de origem não apontou nenhum elemento dos autos (como o modus operandi e indicação de número excessivo de agentes, por exemplo) que, efetivamente, comprovasse a real exigência de fixação do modo inicialmente mais gravoso, mormente porque se trata de um furto simples e, nesta oportunidade, foi afastada a valoração da vetorial antecedentes. Violação das Súmulas n 440 do STJ e 718 e 719, ambas do STF. 5. Agravo regimental não provido."* (AgRg no *HC* 503.912/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 03/09/2019, DJe 09/09/2019).

Deste modo, deve ser decotada da exasperação da pena-base a circunstância judicial dos antecedentes.

Pena intermediária – exclusão da agravante da reincidência.

Visa o recorrente a exclusão da agravante da reincidência, argumentando que a condenação utilizada já atingiu o período depurador de 05 (cinco) anos.

Extrai-se da sentença condenatória, que o Processo n. 0018547-08.2005.8.12.0001, serviu de base para reconhecimento e aplicação da agravante da reincidência.

Analisando-se a folha de antecedentes criminais (f. 127-129), vislumbra-se que a decisão do magistrado sentenciante é acertada e não merece reparo algum.

De fato, o apelante é reincidente, pois ma condenação por crime anterior, com prévio trânsito em julgado, houve declaração de extinção da punibilidade em 30/01/2012, consoante se pode notar dos autos da Execução Penal de n. 0029790-07.2009.8.12.0001.

Logo, se entre a extinção da punibilidade (30/01/2012) e o cometimento do delito aqui apurado (13/02/2015), ainda não havia decorrido o prazo de 05 (cinco) anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, mostra-se correta a aplicação da agravante da reincidência.

Assim, sem maiores divagações, até mesmo porque a questão é eminentemente técnica, mantém-se a agravante da reincidência.

Redimensionamento da pena, regime prisional e substituição da pena.

Na primeira fase, considerando a reprimenda fixada na sentença e afastando-se a única vetorial utilizada (antecedentes), fixa-se a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, mantém-se a pena intermediária no mesmo patamar fixado na etapa anterior, em razão da compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência.

Na terceira fase, diante da ausência de causas de aumento e diminuição, torna-se a pena definitiva em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do valor do salário mínimo vigente na época dos fatos, ante a ausência de outras elementares modificadoras.

Quanto ao regime prisional, verifica-se que é o caso de manter estabelecido o fechado.

O juízo *a quo* fixou o regime inicial de cumprimento da pena no semiaberto, em razão da circunstância judicial dos antecedentes ser desfavorável, bem como em razão da reincidência, nos termos do art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal.

Estabelece o art. 33, §§ 2ª e 3º, do Código Penal, que:

> *"Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.*
>
> *(...) § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:*
>
> *a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;*
>
> *b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;*
>
> *c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.*
>
> *§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código."*

Não obstante o *quantum* da pena privativa de liberdade fixada ao acusado, constata-se que o apelante ostenta reincidência, motivo pelo qual, desatendidos os requisitos, inviável o cumprimento da pena em regime inicial aberto.

Por idêntico motivo, também não é o caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Para que a substituição da pena ocorra, faz-se necessário que o réu preencha, de forma cumulativa, os requisitos dispostos no artigo 44 do Código Penal, quais sejam, pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, crime não cometido com violência ou grave ameaça, não ser reincidente em crime doloso e possuir todas as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal favoráveis.

Nestes termos, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois como acima dito contra o réu pende os efeitos da reincidência.

Com efeito, deixa-se de acolher o pleito.

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[1].

Diante do exposto, com o parecer, dá-se parcial provimento ao recurso interposto por Rodinei Ortega dos Santos, apenas para decotar da exasperação da pena-base a circunstância judicial dos antecedentes, redimensionando a pena definitiva do apelante para torna-se a pena definitiva em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do valor do salário mínimo vigente na época dos fatos, mantendo-se inalterada nos demais pontos a sentença recorrida.

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, 11 de maio de 2020.

***

1 Apelação n. 0008780-91.2015.8.12.0001 – Campo Grande. Relator: Desembargador Paschoal Carmello Leandro. Publicado em 13.03.2017.

1ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz Lúcio R. da Silveira
Recurso em Sentido Estrito/Recurso *Ex Officio* nº 0001785-06.2015.8.12.0052 – Anastácio

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PRONÚNCIA – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO – RECURSO DEFENSIVO – PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS DO MOTIVO FÚTIL E DO FEMINICÍDIO – IMPOSSIBILIDADE – ALEGAÇÃO DE *BIS IN IDEM* DO MOTIVO FÚTIL COM O FEMINICÍDIO – NÃO OCORRÊNCIA – NATUREZAS DISTINTAS DAS ADJETIVADORAS – POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA – RECURSO DESPROVIDO.

Em sendo possível extrair dos elementos probatórios versão que aponte ter sido o crime decorrente de ação baseada no gênero, numa espécie de submissão ou objetificação da mulher pelo homem (em situação de vulnerabilidade), em decorrência de relação íntima de afeto (fato da vítima ser irmã de consideração da ex convivente do recorrente e morar na residência da mãe desta na data dos fatos), deve-se manter a qualificadora do feminicídio na pronuncia, a fim de que seja analisada pelo Tribunal do Júri.

No atinente à qualificadora do motivo fútil, esta deve ser mantida porque existem fortes indícios de que o crime foi cometido em razão do ciúme que o recorrente sentia da irmã de consideração da vítima, sua ex-convivente.

As qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio não são incompatíveis porque não têm a mesma natureza: enquanto a primeira é subjetiva (porquanto de caráter pessoal), esta última é dotada de índole objetiva (pois incide nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero feminino e/ou sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, assim o animus do agente não é objeto de análise), não havendo óbice à sua aplicação concomitante.

Com o parecer. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 15 de junho de 2020.

Juiz Lúcio R. da Silveira - Em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Yuri Carlos Canhete interpõe recurso em sentido estrito contra sentença de pronúncia (f. 189-194) proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Anastácio/MS, que pronunciou o recorrente como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, II (motivo fútil) e § 2º-A, I c/c artigo 14, II, ambos do CP, a fim de submete-lo a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Em suas razões recursais (f. 207-221) o recorrente pretende, em síntese, o afastamento das qualificadoras do artigo 121, § 2º-A, I, do CP e do artigo 121, § 2º, incisos II, referente ao motivo fútil.

Quanto a qualificadora do § 2º-A, I, do CP, aduz que não há nenhum estreitamento de laços entre o recorrente e a vítima, sendo que ela é apenas amiga da ex namorada do réu, não estando inserida em contexto de violência doméstica e familiar quando da ocorrência dos fatos. Sustenta, ainda, que o delito não foi cometido em razão dela possuir gênero feminino, o móvel da ação não foi o fato da vítima ser mulher.

De outro vértice, no que tange à qualificadora do motivo fútil (art. 121, § 2º, II, do CP), sustenta que a alegação do *Parquet* de que o crime teria sido praticado porque a vítima saiu para se divertir com a ex namorada do recorrente não restou comprovada.

Assevera, ainda, que as qualificadoras em questão são subjetivas e, portanto, a aplicação concomitante de ambas configura *bis in idem*, devendo uma delas ser decotada.

O recorrente, pugna-se ainda, para que lhe sejam concedidos os benefícios da justiça gratuita.

Por fim, prequestiona o artigo 5º, LVII, da CP.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões, requer o improvimento do recurso, com a manutenção das qualificadoras, confirmando a decisão de pronúncia proferida pelo juízo *ad quo,* e, prequestiona o artigo 5º, XXXVIII, "d", da CF.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo improvimento do recurso (f. 242-252).

VOTO

O Sr. Juiz Lúcio R. da Silveira (Em substituição legal)

Yuri Carlos Canhete interpõe recurso em sentido estrito contra sentença de pronúncia (f. 189-194) proferida pelo juízo da Vara Única da Comarca de Anastácio/MS, que pronunciou o recorrente como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, II (motivo fútil) e § 2º-A, I c/c artigo 14, II, ambos do CP, a fim de submete-lo a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Em suas razões recursais (f. 207-221) o recorrente pretende, em síntese, o afastamento das qualificadoras do artigo 121, § 2º-A, I, do CP e do artigo 121, § 2º, incisos II, referente ao motivo fútil.

Quanto a qualificadora do § 2º-A, I, do CP, aduz que não há nenhum estreitamento de laços entre o recorrente e a vítima, sendo que ela é apenas amiga da ex namorada do réu, como ela mesma afirmou, diferente do que consta na denúncia, não estando inserida em contexto de violência doméstica e familiar quando da ocorrência dos fatos. Sustenta, ainda, que o delito não foi cometido em razão dela possuir gênero feminino, o móvel da ação não foi o fato da vítima ser mulher.

De outro vértice, no que tange à qualificadora do motivo fútil (art. 121, § 2º, II, do CP), sustenta que a alegação do *Parquet* de que o crime teria sido praticado porque a vítima saiu para se divertir com a ex namorada do recorrente não restou comprovada.

Assevera, ainda, que as qualificadoras em questão são subjetivas e, portanto, a aplicação concomitante de ambas configura *bis in idem*, devendo uma delas ser decotada.

O recorrente, pugna ainda, para que lhe sejam concedidos os benefícios da justiça gratuita.

Por fim, prequestiona o artigo 5º, LVII, da CP.

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões, requer o improvimento do recurso, com a manutenção das qualificadoras, confirmando a decisão de pronúncia proferida pelo juízo *ad quo,* e, prequestiona o artigo 5º, XXXVIII, "d", da CF.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo improvimento do recurso (f. 242-252).

Pois bem.

Consta dos autos que, no dia 25 de outubro de 2015, por volta das 05h30min, na Vinte e Sete de Julho, 2661, JD Campanário, bairro Centro, na Comarca de Anastácio/MS, o ora recorrente, com evidente ânimo homicida, tentou matar a vítima Laiane Cintia de Assis Pulcherio, sua ex-cunhada, só não consumando o delito por circunstâncias alheias a sua vontade.

No que tange à dinâmica dos fatos, narra a denúncia:

> *"Segundo se apurou, o denunciado manteve um relacionamento amoroso com Fernanda (irmã de criação da vítima Laiane) (na verdade amiga), sendo que no dia dos fatos, a vítima com seu namorado Luansen, além das pessoas de Mariele, Luciano e a sua irmã Fernanda, foram a uma festa no 'Aki Pub', localizado na cidade de Aquidauana/MS, local onde também se encontrava o denunciado.*
>
> *Infere-se que ao retornarem por volta das 05 horas, foram perseguidos por um veículo conduzido por Yuri, e este visivelmente alterado, começou uma briga com Luansen e, não contente, aproveitando-se que a vítima Laiane tentava abrir o portão de sua casa, conduziu o carro em alta velocidade em direção da vítima, visando atropelá-la, só não consumando o fato por circunstâncias alheias a sua vontade.*
>
> *Laiane logrou êxito em pular o muro de sua vizinha e pedir por socorro. Contudo, o denunciado derrubou o portão com seu veículo e tomou rumo ignorado. Os fatos se deram pelo fato do denunciado não aceitar o fim do relacionamento com Fernanda, bem como por ter encontrado Fernanda em uma festa juntamente com sua irmã Laiane e alguns amigos, fato este que deixou o denunciado agressivo."* (f. 2-3)

Quanto as qualificadoras o Ministério Público afirmou na denúncia que:

> *"O homicídio tentado é qualificado, na medida em que foi praticado por razões da condição do sexo feminino, vez que permeado pelo contexto de violência doméstica e familiar, em decorrência de um relacionamento íntimo do denunciado com a irmã da vítima, tal como descrito nos incisos II e III do artigo 5° da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06)1.*
>
> *O crime é também qualificado pelo motivo fútil, pois ele atentou contra a vida da vítima, apenas por ela haver saído para divertir-se com sua ex-namorada."* (f. 2-3)

Posiciona-se a jurisprudência pátria no sentido de que as qualificadoras, somente devem ser refutadas, por ocasião da pronúncia, em situações excepcionais, quando inexistirem indícios que as sustentem ou quando se mostrem despropositadas e manifestamente incoerentes com o acervo probatório, sob pena de se usurpar a competência do Tribunal do Júri.

A propósito, cita-se:

> *"As qualificadoras, sendo elementos acidentais do crime, influem sobre a gravidade do delito e acarretam o aumento de pena. Por integrarem o tipo, a controvérsia a respeito da existência de qualificadoras situa-se no âmbito da competência funcional do Tribunal do Júri e somente podem ser afastadas quando, sendo totalmente divorciadas do conjunto fático-probatório, forem, por isso, declaradas manifestamente improcedentes ou incabíveis. Excluí-las da sentença de pronúncia a partir do exame e da análise do mérito da prova é promover prematuro juízo das condutas dos acusados, subtraindo-as da cognição do Conselho de Sentença, reduzindo a amplitude do julgamento do Tribunal popular (HC nº 66.334-6/SP,*

Pleno, redator para o acórdão Ministro Moreira Alves, DJ de 19/05/89; HC nº 106.902/DF, Primeira Turma, relator Ministro Ricardo Lewandowski, Dje 04/05/2011).” (STF. *HC* 108374/DF - Rel. Min. Luiz Fux. 1ª Turma. Julgado em 06/03/2012).

Vale dizer: se as qualificadoras constantes na pronúncia não forem manifestamente improcedentes e de todo descabidas, deverão igualmente serem submetidas à apreciação do Júri, ante a amplitude da acusação e da defesa no plenário. A respeito, colha-se:

> *“EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA – PRELIMINAR – CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL QUANTO À QUALIFICADORA–ACOLHIDA–MÉRITO–PRETENSÃO DE IMPRONÚNCIA–AFASTADA – MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA PRESENTES – QUALIFICADORA DO INCISO V, § 2º, ARTIGO 121, DO CP – MANTIDA – INEXISTÊNCIA DE MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO I - Para a prolação da pronúncia, basta a materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou participação, conforme dispõe o artigo 413, do Código de Processo Penal, sendo desnecessário um juízo de convencimento definitivo, como no proferimento de uma sentença penal condenatória. II - O afastamento da qualificadora na fase da pronúncia só é possível quando estiver totalmente isolada do conjunto probatório angariado nos autos, revelando, assim, situação excepcional, a qual possibilita tal medida sem incorrer em usurpação da competência do Tribunal do Júri. Precedentes do STF. III – Recurso improvido, com o parecer.”* (TJMS. Recurso em Sentido Estrito n. 0000925-55.2017.8.12.0045, Sidrolândia, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 21/02/2019, p: 25/02/2019).

> *“EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, INCISOS I E IV, DO CP) - EXCLUSÃO DE QUALIFICADORA – NECESSIDADE DE SUBMISSÃO AO CONSELHO DE SENTENÇA – IMPROVIMENTO. I - A exclusão de qualificadoras, na fase da pronúncia, somente pode ocorrer em situações excepcionais, quando totalmente divorciadas do conjunto probatório, sob pena de usurpar-se a competência constitucional do Tribunal do Júri. II – Recurso a que, com o parecer, nega-se provimento.”* (TJMS. Recurso em Sentido Estrito n. 0000113-54.2018.8.12.0020, Rio Brilhante, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, j: 29/11/2018, p: 04/12/2018)

Da pretensão de afastamento da qualificadora do § 2º-A, inciso I do art. 121 do CP

Quanto a qualificadora do § 2º-A, I, do CP, o recorrente aduz que não há nenhum estreitamento de laços entre o recorrente e a vítima, sendo apenas amiga da ex namorada do réu, como ela mesma afirmou, diferente do que consta na denúncia, não estando inserida em contexto de violência doméstica e familiar quando da ocorrência dos fatos.

Sustenta, ainda, que o delito não foi cometido em razão dela possuir gênero feminino uma vez que o móvel da ação não foi o fato da vítima ser mulher, devendo esta qualificadora ser afastada.

O crime de homicídio qualificado pelo feminicídio está previsto no artigo 121, § 2º, VI, do CP, enquanto as situações que representam o termo *“razões do sexo feminino”* vem elencadas no § 2º-A do mesmo *codex*, *in verbis*:

> *“Art. 121. Matar alguém:*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º Se o homicídio é cometido:*
>
> *(...)*
>
> *VI – contra a mulher por razões da condição do sexo feminino:*

Pena: reclusão, de 12 a 30 anos.

§ 2º-A. Considera-se que há razões de condição do sexo feminino quando o crime envolve:

I – violência doméstica e familiar;

II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher."

Da leitura do referido artigo extrai-se que para que reste configurado o feminicídio, não basta que a vítima seja mulher, sendo necessário que a morte (ou tentativa) ocorra em razões da condição do sexo feminino, que são aquelas razões elencadas no § 2º-A, quais sejam: violência doméstica e familiar contra a mulher, menosprezo e discriminação à condição de mulher.

No caso dos autos, o recorrente foi pronunciado pela tentativa de homicídio qualificado pelo feminicídio, com base na razão referente à violência doméstica e familiar (artigo 121, § 2º-A, I c/c artigo 14, II, ambos do CP), o que nos remete à Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06) que, em seu artigo 5º, conceitua a mencionada expressão como sendo *"qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial."*

Além disso, os incisos I a III, do artigo 5º da Lei 11.340/06 referem-se ao contexto em que a violência doméstica e familiar baseada no gênero pode acontecer, vejamos:

"Lei 11.340/06

Art.5º. (...)

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual."

Na hipótese, tem-se que o ora recorrente Yuri, convivia maritalmente com Fernanda, ainda que à época dos fatos estivessem separados a uns oito meses, tanto que ela estava grávida dele (segundo depoimento de Marinice de Oliveira, f. 121, mãe de Fernanda, em 30.10.2017, após os fatos, o casal reatou o relacionamento).

Ainda, tem-se que a vítima Laiane, embora não fosse irmã de sangue de Fernanda, conviveu por sete anos na residência da mãe dela, Marinice de Oliveira, e era por esta considerada como filha, assim como também considerava Fernanda sua irmã.

Laiane declarou em juízo, f. 132, que era apenas amiga de Fernanda, posto que não foi adotada pela mãe daquela, mas que como ficava muito na casa de Fernanda a considerava como irmã.

Por sua vez, Marinice de Oliveira, f. 121, mãe da Fernanda, declarou que Laiane morava com ela, na casa dela, na época dos fatos, e que lá morou por quase sete anos, motivo pela qual a tinha como uma filha (áudio 3'35'').

Assim, verifica-se que inobstante a vítima não fosse irmã de sangue de Fernanda, que à época era ex convivente do recorrente, era considerada como irmã de criação, estando portanto, inserida no contexo familiar daquela unidade doméstica, tanto que morava com Marinice e Fernanda na data dos fatos, encaixando-se

no contexto de violência doméstica e familiar, baseada no gênero, previsto nos incisos do artigo 5º da Lei 11.340/06.

Portanto, no caso em apreço, o fato narrado na denúncia se amolda ao contexto de violência doméstica conforme previsão do artigo 5º do Lei 11.340/2006, pois a prova produzida em juízo, confirma que o recorrente manteve um relacionamento amoroso com Fernanda, irmã de consideração da vítima Laiane, e que, inclusive, à época dos fatos ambas moravam na mesma residência (encaixando-se os fatos nos incisos I e II, do artigo 5º da Lei Maria da Penha), sendo que, por conta do ciúmes que sentia de Fernanda, o recorrente "jogou" o carro sobre a vítima Laiane, supondo que esta teria sido conivente com um encontro armado para apresentar Fernanda a outro rapaz, tentando causar sua morte, evidenciando o cenário de subjugação feminina, indicativo de tratar-se de conduta baseada em violência de gênero.

Assim, em princípio, o crime em análise se submete a uma das hipóteses que configuram o feminicídio, qual seja, a violência doméstica e familiar.

Nesse sentido:

> *"RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO – DECISÃO DE PRONÚNCIA – MOTIVO TORPE – FEMINICÍDIO – BIS IN IDEM – INOCORRÊNCIA – DECOTE DE UMAS DAS QUALIFICADORAS – INVIABILIDADE – CUSTAS - ISENÇÃO CONCEDIDA. 1. A decisão de pronúncia, por sua natureza mesma, encerra mero juízo de admissibilidade da denúncia, sendo bastante a demonstração da materialidade e indícios de autoria delitiva, não cabendo ao Julgador, neste momento procedimental, proceder ao exame aprofundado dos elementos de convicção carreados aos autos, sob pena de inaceitável invasão de competência. 2. O feminicídio é uma qualificadora de natureza objetiva, enquanto o motivo torpe é de natureza subjetiva. Trata-se de duas qualificadoras distintas e autônomas, sendo perfeitamente possível a coexistência de ambas, não havendo, portanto, que se falar em bis in idem. 3.* ***A dicção final sobre a configuração da qualificadora cabe ao Conselho de Sentença, que deve apreciar o caso em sua plenitude, já que a ele incumbe, por força constitucional, a competência para julgar a prática de crimes dolosos contra a vida, esteja embalada ou não por circunstância que qualifica o crime****. 4. Tendo o recorrente sido assistido pela Defensoria Pública deste Estado, de ser isento do pagamento das custas processuais, nos termos do artigo 10, II, da Lei Estadual nº 14.939/03."* (TJ-MG - Rec em Sentido Estrito: 10024151883493001 MG, Relator: Paulo Calmon Nogueira da Gama, Data de Julgamento: 07/04/2016, Câmaras Criminais / 7ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 15/04/2016) (G.n)

Portanto, em sendo possível extrair dos elementos probatórios versão que aponte ter sido o crime decorrente de ação baseada no gênero, numa espécie de submissão ou objetificação da mulher pelo homem (em situação de vulnerabilidade), em decorrência de relação íntima de afeto (fato da vítima ser considerada cunhada da ex convivente do recorrente), a tese apresentada nas razões do presente recurso mostra-se insuficiente para a reforma da pronúncia, cabendo ao Tribunal do Júri definir se restou ou não configurada a qualificadora do feminicídio.

Da pretensão de afastamento da qualificadora do § 2º, incisos II do art. 121 do CP (Motivo Fútil)

No tocante ao motivo fútil, destaca-se que o recorrente pretende seu afastamento ao argumento de que a alegação do *Parquet* de que o crime teria sido praticado porque a vítima saiu para se divertir com a ex namorada do recorrente não restou comprovada.

Assevera, ainda, que as qualificadoras em questão, feminicídio e motivo fútil, são subjetivas e, portanto, a aplicação concomitante de ambas configura *bis in idem*, devendo uma delas ser decotada.

A respeito da qualificadora de motivo fútil, Celso Delmanto leciona que:

> *"É fútil o homicídio praticado por motivo insignificante, sem importância, totalmente desproporcionado em relação ao crime, em vista de sua banalidade."* (DELMANTO, Celso. Código penal comentado. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 447).

Portando, conclui-se que o motivo fútil é aquele insignificante, mesquinho, caracterizando pela desproporção entre a gravidade do fato e a intensidade do motivo. O motivo do crime tem de ser desprezível, banal e profundamente insignificante.

Em juízo a vítima Laiana Pulcheiro, f. 132, declarou que na data dos fatos havia conhecido Luansen Terhorsttest, seu atual esposo, e marcaram de sair para ir a uma festa, e chamaram para irem junto Fernanda, ex mulher do recorrente, e um primo de Luansen. Chegando na festa Yuri estava lá e os viu chegando, sendo que acredita que ele teria ficado enciumado, e então na volta para casa Yuri começou a segui-los, acreditando que Fernanda estava no carro, foi quando Luansen parou o carro e indagou o que estava ocorrendo, momento em que iniciou-se uma discussão entre ele e o Yuri, dando inclusive socos. Após a discussão a vítima Laiane apartou a briga e foi abrir o portão de sua casa, momento em que Yuri jogou o carro em sua direção contra o portão, chegando a derrubá-lo.

Luansen Terhorsttest, f. 132, confirmou a versão apresentada pela vítima de que foram perseguidos por Yuri.

Para que a qualificadora pudesse ser afastada necessário seria adentrar nos motivos e na proporção da suposta perseguição e discussão havida entre as partes, perquirindo-se o motivo pelo qual o recorrente "jogou" o carro sobre a vítima, para então sopesar a futilidade da conduta, o que não seria admitido nesta fase processual. Assim, eventual decisão a respeito do afastamento ou não da qualificadora cabe ao Tribunal do Júri.

Inevitável, pois, que o caso seja levado à apreciação do Tribunal do Júri, cuja instituição, por disposição constitucional, tem competência para proferir a derradeira palavra sobre o assunto, tratando-se a pronúncia de mero juízo de admissibilidade da acusação.

Nesse viés, destaco o seguinte precedente dessa Egrégia Corte:

> *"EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – TENTATIVA DE HOMICIDIO – DESCLASSIFICAÇÃO – AFASTADA – PRONÚNCIA CABÍVEL – MERO JUIZO ADMISSIONAL, DESPROVIDO DE CARÁTER CONDENATÓRIO – QUALIFICADORA – MOTIVO FÚTIL – INDICIOS SUFICIENTES – MANTIDA – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE DISPOSITIVOS APONTADOS - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM O PARECER. Embora sustente-se a inexistência de elementos de convicção que possam infirmar a versão do recorrente acerca da desclassificação, não se pode olvidar que nesta fase processual descabe posicionamento acerca do melhor enquadramento jurídico ao caso, tampouco interpretação e análise aprofundada dos fatos, bastando indícios suficientes ao embasamento da imputação estampada na proemial e confirmação alusiva à materialidade. Despontando que a alegação atinente à ausência da intenção de matar não restou comprovada de plano, estreme de dúvidas, a existência ou não do animus necandi deve ser avaliada pelo Corpo de Jurados, mesmo porque a decisão de pronúncia não se reveste de natureza condenatória, e sim meramente admissional. Como cediço, somente se admite o afastamento das qualificadoras quando a evidência dos autos não permitir a mais tênue dúvida a respeito nem outra versão ou hipótese, pois, caso contrário, o acusado há de ser julgado pelo seu juiz natural, que é o Tribunal do Júri, notadamente tratando-se de mero juízo de admissibilidade da acusação, que prescinde de prova incontroversa. Em situações desse jaez, vislumbrando-se indícios suficientes, compete ao Conselho de Sentença, consoante precedentes dos tribunais pátrios, decidir, frente às particularidades do caso concreto, se o agente praticou o ilícito por motivo fútil, tornando inevitável, pois, a mantença da correspondente qualificadora, posto que, mesmo existindo controvérsia, o caso deve ser levado à apreciação do Tribunal do Júri, cuja instituição, por disposição constitucional, tem competência para proferir a derradeira palavra sobre o assunto, mesmo porque a presunção neste momento é contra o réu, pois qualquer dúvida deve ser resolvida em benefício da sociedade. 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. Recurso em Sentido Estrito n. 0000639-08.2015.8.12.0026, Bataguassu, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. Jairo Roberto de Quadros, j: 21/09/2017, p: 22/09/2017)

De outro vértice, também não assiste razão ao recorrente quando alega que as qualificadoras do feminicídio e motivo fútil, são subjetivas e, portanto, a aplicação concomitante de ambas configura *bis in idem*, devendo uma delas ser decotada.

Isso porque, as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio não são incompatíveis porque não têm a mesma natureza: enquanto a primeira é subjetiva, esta última é dotada de índole objetiva.

Sobre o assunto, Guilherme de Souza Nucci, leciona que o feminicídio trata-se de:

> *"uma qualificadora objetiva, pois se liga ao gênero da vítima: ser mulher", advertindo que "o agente não mata a mulher somente porque ela é mulher, mas o faz por ódio, raiva, ciúme, disputa familiar, prazer, sadismo, enfim, por motivos variados que podem ser torpes ou fúteis; podem, inclusive, ser moralmente relevantes", não se descartando, "por óbvio, a possibilidade de o homem matar a mulher por questões de misoginia ou violência doméstica; mesmo assim, a violência doméstica e a misoginia proporcionam aos homens o prazer de espancar e matar a mulher, porque esta é fisicamente mais fraca", tratando-se de "violência de gênero, o que nos parece objetivo, e não subjetivo." (Curso de direito penal: parte especial. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 46/47. v. 2).*

O Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de ambas as qualificadoras poderem ser aplicadas concomitantemente, vejamos:

> *"(...) considerando as circunstâncias subjetivas e objetivas, temos a possibilidade de coexistência entre as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio. Isso porque a natureza do motivo torpe é subjetiva, porquanto de caráter pessoal, enquanto o feminicídio possui natureza objetiva, pois incide nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero feminino e/ou sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, assim o animus do agente não é objeto de análise."* (REsp 1.707.113/MG, de Rel. Ministro Felix Fischer, Dje 7.12.2017)

> *"RECURSO ESPECIAL – HOMICÍDIOS QUALIFICADOS – MOTIVO TORPE – FEMINICÍDIO – PRONÚNCIA – EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM – BIS IN IDEM – NÃO OCORRÊNCIA – NATUREZAS DISTINTAS DAS ADJETIVADORAS – COEXISTÊNCIA – POSSIBILIDADE – FEMINICÍDIO – NATUREZA OBJETIVA – AFASTAMENTO MEDIANTE ANÁLISE SUBJETIVA DA MOTIVAÇÃO DOS CRIMES – INVIABILIDADE.*
>
> *1. Hipótese em que a instância de origem decidiu pela inviabilidade da manutenção das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, sob pena de afronta ao princípio do non bis in idem quanto a um dos fatos, e, relativamente a outros dois fatos, afastou a adjetivadora do feminicídio, analisando aspectos subjetivos da motivação do crime.*
>
> ***2. Não há dúvidas acerca da natureza subjetiva da qualificadora do motivo torpe, ao passo que a natureza do feminicídio, por se ligar à condição especial da vítima, é objetiva, não havendo, assim, qualquer óbice à sua imputação simultânea.***
>
> *3. É inviável o afastamento da qualificadora do feminicídio mediante a análise de aspectos subjetivos da motivação do crime, dada a natureza objetiva da referida qualificadora, ligada à condição de sexo feminino.*
>
> *4. A exclusão das qualificadoras na fase de pronúncia somente é possível quando manifestamente improcedentes, pois a decisão acerca de sua caracterização deve ficar a cargo do Conselho de Sentença. 5. Recurso provido."* (REsp 1739704/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 18/09/2018, DJe 26/09/2018). Grifou-se
>
> *"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – PENAL – HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO – OMISSÃO – INEXISTÊNCIA – ALEGADO BIS IN IDEM DO MOTIVO TORPE COM A AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, INCISO II, ALÍNEA 'F', DO CP – NÃO OCORRÊNCIA. 1. Verifica-se que o acórdão recorrido apreciou as*

teses defensivas com base nos fundamentos de fato e de direito que entendeu relevantes e suficientes à compreensão e solução da controvérsia, o que, na hipótese, revelou-se suficiente ao exercício do direito de defesa, inexistindo qualquer omissão. ***2. O Tribunal a quo decidiu em conformidade com o entendimento desta Corte superior, porquanto, tratando-se o motivo torpe (vingança contra ex-namorada) de qualificadora de natureza subjetiva, e o fato de a vítima e o acusado terem mantido relacionamento afetivo por anos, sendo certo, que o crime se deu com violência contra a mulher na forma da Lei n° 11.340/2006, ser uma agravante de cunho objetivo, não se pode falar em bis in idem no reconhecimento de ambas, de modo que não se vislumbra ilegalidade no ponto.*** *3. Nessa linha, trecho da decisão monocrática proferida pelo Ministro Felix Fischer, REsp n. 1.707.113/MG (DJ 07/12/2017), no qual destacou que considerando as circunstâncias subjetivas e objetivas, temos a possibilidade de coexistência entre as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio. Isso porque a natureza do motivo torpe é subjetiva, porquanto de caráter pessoal, enquanto o feminicídio possui natureza objetiva, pois incide nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero feminino e/ou sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, assim o animus do agente não é objeto de análise. 4. Agravo regimental não provido."* (AgRg no REsp 1741418/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018) Grifou-se

"PENAL E PROCESSUAL PENAL – AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS – SUSTENTAÇÃO ORAL – IMPOSSIBILIDADE – HOMICÍDIO QUALIFICADO – QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO – BIS IN IDEM COM O MOTIVO TORPE – AUSENTE – QUALIFICADORAS COM NATUREZAS DIVERSAS – SUBJETIVA E OBJETIVA – POSSIBILIDADE – DECISÃO MANTIDA – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Evidencia-se que a sedimentada orientação desta Corte é firme no sentido de que não é cabível sustentação oral no julgamento de agravo regimental, em observância, notadamente, aos arts. 159, IV, e 258, ambos do RISTJ. ***2. Nos termos do art. 121, § 2º-A, II, do CP, é devida a incidência da qualificadora do feminicídio nos casos em que o delito é praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar, possuindo, portanto, natureza de ordem objetiva, o que dispensa a análise do animus do agente. Assim, não há se falar em ocorrência de bis in idem no reconhecimento das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, porquanto, a primeira tem natureza subjetiva e a segunda objetiva.3. Agravo regimental improvido.***" (AgRg no *HC* 440.945/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 11/06/2018) Grifou-se

"PENAL E PROCESSUAL PENAL – HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO – DECISÃO DE PRONÚNCIA ALTERADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM – INCLUSÃO DA QUALIFICADORA DO FEMINICÍDIO – ALEGADO BIS IN IDEM COM O MOTIVO TORPE – AUSENTE – QUALIFICADORAS COM NATUREZAS DIVERSAS – SUBJETIVA E OBJETIVA – POSSIBILIDADE – EXCLUSÃO – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI – ORDEM DENEGADA. ***1. Nos termos do art. 121, § 2º-A, II, do CP, é devida a incidência da qualificadora do feminicídio nos casos em que o delito é praticado contra mulher em situação de violência doméstica e familiar, possuindo, portanto, natureza de ordem objetiva, o que dispensa a análise do animus do agente. Assim, não há se falar em ocorrência de bis in idem no reconhecimento das qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio, porquanto, a primeira tem natureza subjetiva e a segunda objetiva.*** *2. A sentença de pronúncia só deverá afastar a qualificadora do crime de homicídio se completamente dissonante das provas carreadas aos autos. Isso porque o referido momento processual deve limitar-se a um juízo de admissibilidade em que se examina a presença de indícios de autoria, afastando-se, assim, eventual usurpação de competência do Tribunal do Júri e de risco de julgamento antecipado do mérito da causa.3. Habeas corpus denegado."* (*HC* 433.898/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018) Grifou-se

Portanto, mantem-se a qualificadora do motivo fútil.

Prequestionamento

Por fim, acerca do prequestionamento, 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.

Conclusão

Posto isso, com o parecer, nega-se 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. 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, 15 de junho de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques
Habeas Corpus Criminal nº 1402775-95.2020.8.12.0000 – Campo Grande

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – OPERAÇÃO *OMERTÀ* – INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA, CORRUPÇÃO ATIVA, CONSTITUIÇÃO DE MILÍCIA PRIVADA, TRÁFICO DE ARMAS DE FOGO E EXTORSÃO – PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA PARA O PRESÍDIO ESTADUAL DE CAMPO GRANDE – REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO-RDD – MANTIDO – COVID-19 – PEDIDO NÃO ANALISADO NA INSTÂNCIA *A QUO* – SUPRESSÃO VERIFICADA – ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NA PARTE CONHECIDA, ORDEM DENEGADA.

Observa-se, pelos documentos juntados pelos impetrantes, que o paciente encontra-se devidamente assistido pelo corpo clínico do Presídio Federal de Mossoró, de modo que os fatos narrados na impetração não justificam, por si só, a transferência do preso a Presídio desta capital. Ademais, na segunda fase da operação denominada *Omertà*, verifica-se que o paciente estaria premeditando atentados contra a vida de dois promotores e um Delegado de Polícia desta Capital.

A inclusão do paciente no Regime Disciplinar Diferenciado-RDD foi justificada para inibir a atuação em organização criminosa. Mantem-se a decisão pelos próprios fundamentos.

Com relação ao pedido de que a prisão preventiva do paciente seja substituída por medidas a serem cumpridas no recinto domiciliar, em razão do mesmo possuir 86 anos de idade, considerado como grupo de risco em relação ao COVID-10 (coronavírus), tem-se que não foi possível constatar que os requerimentos formulados restaram analisados pelo juízo *a quo*.

Em parte com o parecer, conheço parcialmente da ordem, e na parte conhecida, denego-a.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Denegaram unânime. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 31 de março de 2020.

Juiz Waldir Marques - Relator em substituição legal

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques.

Trata-se de *habeas corpus,* com pedido liminar, impetrado pelos advogados Luís Henrique Alves Sobreira Machado, Larissa Campos de Abreu, Bábara Barbosa de Figueiredo e Tiago Bunning Mendes em favor do paciente Jamil Name, em que se aponta como autoridade coatora o Juiz(a) de Direito da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande - MS.

Sustenta que o paciente possui mais de 80 (oitenta) anos de idade, sendo portador de Diabetes Mellitus –Tipo 2 Descompensado, Sarcopenia e Síndrome do Idoso Frágil; Doença Pulmonar Obstrutiva Crônica (DPOC), estágio II-B (CID: J.44) e; Polineuropatia Diabetogênica (CID: 10:G63.2), e, inclusive, outros problemas relacionados à hérnia, tornozelo e rádio.

Afirma que a perda de peso do paciente está comprovada, além do que apresenta pressão arterial alterada e que há dificuldade de assistência familiar e de seus advogados, em razão do custeio das passagens, hospedagem e transporte até Mossoró-RN.

Aduz que o motivo que levou o Paciente a ser transferido para Mossoró/RN foi o suposto atentado à vida do Delegado de Polícia Civil Fábio Peró Correa Paes, que estaria sendo orquestrado pelo Paciente e outros presos, e tendo em vista a transferência dos presos desta Capital, motivaria o seu regresso a Campo Grande-MS.

Requer, a remoção do paciente ao Sistema Penitenciário Estadual de Mato Grosso do Sul, ou subsidiariamente, a exclusão do Regime Diferenciado Disciplinar-RDD, sob o argumento de que não existe fato recente que justifique a permanência do interno em regime tão gravoso.

O pedido liminar foi indeferido às f. 453-455.

As informações foram prestadas às f. 460-466.

O parecer da Procuradoria-Geral da Justiça pugna pela denegação da ordem, f. 470-479.

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques. (Relator em substituição legal)

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pelos advogados Luís Henrique Alves Sobreira Machado, Larissa Campos de Abreu, Bábara Barbosa de Figueiredo e Tiago Bunning Mendes em favor do paciente Jamil Name, em que se aponta como autoridade coatora o Juiz(a) de Direito da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande - MS.

Passo à análise.

Tratam os autos de verificar a necessidade de transferência do paciente a esta Capital, ao argumento de que o mesmo encontra-se enfermo, além do que a ausência de contato com os familiares causam-lhe desgastes emocionais como a depressão, de modo que requer, a transferência do paciente Jamil Name que se encontra segregado no Presídio de Mossoró para o Presídio Estadual de Campo Grande-MS e de forma subsidiária requer a exclusão do regime disciplinar diferenciado-RDD a que está submetido.

Para análise dos fatos narrados, tem-se necessário indicar o motivo que ensejou a prisão do paciente.

Extrai-se dos autos da Ação Penal de nº 0021007-74.2019.8.12.0001, em trâmite na 1ª Vara Criminal da Comarca de Campo Grande, que, com Marcelo Rios foi apreendido 1 (um) carregador de pistola 9mm, marca GLOCK, de uso restrito, com capacidade para 30 (trinta) munições, 1 (um) carregador de pistola 9mm, de uso restrito, bem como 2 (duas) caixas de munições calibre .22, 01 (uma) caixa de munição calibre .380 e 2 (duas) caixas de munições calibre .38, todas intactas, de uso permitido, 1 (um) carregador de pistola 9mm, de uso restrito, 2 (duas) caixas de munições calibre .22, marca ARMSCOR, contendo 100 (cem) projéteis intactos; 01 (uma) caixa de munição calibre .380, marca AGUILA, contendo 50 (cinquenta) projéteis intactos; 2 (duas) caixas de munições calibre .38, marca WINCHESTER, contendo 100 (cem) projéteis intactos.2 (dois) fuzis modelo AK-47 calibre 762x3913; 4 (quatro) fuzis calibre 55614; 1 (um) revólver calibre 35715; 15 (quinze) pistolas16, sendo 11(onze) calibre 9mm e 04 (quatro) calibre .40, todas de uso restrito,1 (uma) espingarda calibre 1217; 1 (uma) espingarda calibre 2218 e outras 2 (duas) pistolas, sendo uma calibre 22 e outra calibre 380, 15 (quinze) de calibre 762x51; 392 (trezentos e noventa e duas) de calibre 762x39 (AK47); 247 (duzentos e quarenta e sete) de calibre 762; 295 (duzentos e noventa e cinco) de calibre 556; 184 (cento e oitenta e quatro) de calibre 12; 539 (quinhentos e trinta e nove) de calibre 9mm; 37 (trinta e sete) de calibre .40; 2 (doze) de calibre .45; e 32 (trinta e duas) calibre .22, sem autorização, 7 (sete) carregadores para arma de fogo do tipo fuzil calibre .556; 8 (oito) carregadores para arma de fogo do tipo fuzil calibre .762; 2 (dois)

carregadores de arma de fogo do tipo carabina calibre .22; e 2 (dois) carregadores para arma de fogo do tipo calibre .12 (f. 45), além de 2 (dois) silenciadores.

Em consequência da prisão de um dos denunciados pela denominada Operação *Omertà*, na data de 03 de maio de 2019, o Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado instaurou o PIC de n° 06.2019.00000707-8/GAECO para apurar a prática dos crimes de organização criminosa, porte ilegal de arma de fogo, em razão da ocorrência de homicídios ocorridos nesta Capital, cujas características demonstraram que havia participação de vários envolvidos, com nítida divisão de tarefas, sendo apurado que Jamil Name e Jamil Name Filho seriam os responsáveis por definir missões dos demais integrantes da organização, além de realizarem o custeio, fornecendo o material necessário às execuções, como armas, munições, veículos, imóveis, dinheiro, além de proteção aos envolvidos, inclusive ao primeiro denunciado da organização criminosa, Marcelo Rios.

Pois bem.

Ao analisar os autos, especialmente os documentos juntados pelos impetrantes, tem-se que a decisão proferida pelo juízo *a quo* não merece reparos.

Insta observar, como já me posicionei anteriormente nos autos de *Habeas Corpus* de nº 1413592-43.2019.8.12.0000, que se trata de paciente com 80 anos de idade, porém que à época do mérito do *writ* não se encontrava extremamente debilitado por motivo de doença grave.

Da referida impetração, reconheceu-se que o paciente era acometido de enfermidades:- diabetes, doença pulmonar obstrutiva e polineuropatia, porém, quando da análise do referido *habeas corpus* havia ofício encaminhado pelo próprio presídio federal, informando de que a unidade contava com uma Unidade Básica de Saúde, composta de 01 médico, 06 enfermeiros, 5 técnicos de enfermagem, 2 dentistas, 2 assistentes de saúde bucal, 01 psicóloga e 01 farmacêutica e que havia ainda o acompanhamento de saúde aos hipertensos e diabéticos.

Em análise aos documentos juntados, observa-se que o paciente encontra-se devidamente assistido pelo corpo clínico do referido presídio, tanto que nos autos consta visita à cela para coleta prévia de dados de saúde de interno (f. 158), identificação de anamnese de enfermagem (f. 162-165) relatório médico de f. 174, prontuário psicológico, f. 179-181, prontuário odontológico, f. 184-187, exames recentes de sangue, f. 190-209; além de documento que demonstra que o mesmo se nega a realizar as refeições que lhe são oferecidas, como se observa do termo de recusa de f. 168.

Juntaram, ainda, os impetrantes, exames datados do ano de 2005, f. 227 e f. 240, f. 246, f. 257, do ano de 2015, f. 231-232, que não são capazes, por si só, de comprovarem a real necessidade de transferência para esta Capital.

Ainda, pelo que se observa e como bem fundamentou a d. Procuradoria-Geral de Justiça, o paciente é acometido de doenças ditas comuns da maioria da população, como trigliceres e colesterol, vejamos:

> *"A diabetes, hipertensão, colesterol e trigliceres elevados são patologias comuns na atualidade, não podendo servir como motivos para embasar um pedido de remoção, ainda mais quando o paciente tem garantido o acesso ao tratamento e não o utiliza por vontade própria.*
>
> *Constata-se que todos os problemas de saúde do paciente Jamil Name são absolutamente compatíveis com sua idade e estado natural de degenerescência provocado pela senilidade. Logo, não são graves o suficiente para que haja a remoção da prisão como pretende."*

Com relação a alegada insuficiência hepática atestada por medico próximo ao paciente, f. 217, tem-se que não se escusa a importância de melhor investigação sobre a possível enfermidade, porém, como se trata de Presídio com estrutura médica adequada, tenho que por conveniência, após o julgamento deste *habeas corpus*,

encaminhar a aquele corpo clínico, cópia do referido laudo particular, para que tomem ciência e investiguem, se necessário, a referida patologia.

Digo isso, para justificar a permanência do custodiado no Presídio Federal, pois recentemente, na segunda fase da denominada operação Omertà, apurou-se que o paciente e seu filho, Jamil Name Filho, que se encontram segregados no Presídio de Mossoró estariam premeditando atentados contra a vida de dois promotores e um delegado de polícia desta Capital, conforme se verifica da narrativa da Procuradoria-Geral de Justiça:

> *"Além disso, recentemente foi iniciada uma nova fase da operação Omertà, desencadeada por um bilhete escrito em um papel higiênico por um detento do Presídio Federal de Segurança Máxima de Mossoró/RN, que ficava entre as celas de Jamil Name e Jamil Name Filho, onde foi anotado conversas entre eles e seus advogados.*
>
> *O escrito do preso apontou ordens de execução a dois promotores do GAECO e ao delegado do GARRAS, Fábio Peró e sua família, evidenciando que, ao contrário do que aduz a defesa, além de permanecerem os motivos que ensejaram a decisão judicial, ainda há novos elementos de ordem gravíssima que autorizam a manutenção do paciente no RDD."* (f. 478)

Ressalta-se que, anteriormente aos fatos narrados acima, foi apreendido vários celulares, dentre eles um dos denunciados pela operação estaria tentando adquirir um fuzil, de modo que a justificativa apresentada pela dita autoridade coatora enseja a manutenção integral do regime disciplinar diferenciado a que o paciente está submetido.

> *"Frisa-se que o Ministério Público Estadual anexou nos Autos n. 0039420-38.2019.8.12.0001 informações apresentadas pelo GAECO de que as buscas realizadas no interior das celas do Presídio de Trânsito de Campo Grande/MS – PTRAN, ocupadas pelos demais presos da operação Omertà resultaram na apreensão de 06 aparelhos celulares (págs. 1552-1597).*
>
> *Da mídia extraída do celular de Euzébio de Jesus Araújo, mais conhecido como 'Bel' ou 'Nego Bel', pessoa de confiança do paciente Jamil Name, encontrou-se um vídeo comprometedor em que dois homens conversam a respeito de um Fuzil AR15 e perguntam se era aquele tipo de armamento que o pessoal queria."* (Rel. info 201/GAECO2019, pág. 1554). (f. 478)

Quanto a manutenção do RDD cautelar, é necessário esclarecer que constitui em medida urgente, pois o paciente foi denunciado por crimes gravíssimos, sendo líder da organização criminosa, havendo fundado risco à ordem pública, inclusive aos agentes públicos, conforme bem definiu a autoridade dita coatora, vejamos:

> *"Ante o exposto, acolho o parecer ministerial, buscando evitar situação de mais violência em MS, com risco de novos crimes graves/violentos e satisfazendo as elementares previstas no art. 52, §§ 2º e 3º da LEP, determino liminarmente, a inclusão dos presos abaixo nominados, em Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, pelo prazo de 360 dias, inibindo a atuação de OrCrim, que continuaria se organizando no presídio estadual, inclusive tramando nova execução de autoridade da segurança pública."* (f. 92)

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que justifica-se a manutenção do regime disciplinar diferenciado para resguardar a ordem e segurança pública, vejamos:

> *"EXECUÇÃO PENAL – RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – INCLUSÃO CAUTELAR – ART. 52, §§ 1º E 2º, DA LEI N.º 7.210/84 – ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AUSÊNCIA DE INSTAURAÇÃO DE PAD E DE OITIVA PRÉVIA DA DEFESA – FUNDAMENTO DA IMPRESCINDIBILIDADE DA MEDIDA PARA GARANTIR A ORDEM E A SEGURANÇA DO ESTABELECIMENTO PENAL – SENTENCIADO QUE DESEMPENHOU PAPEL ATIVO EM REBELIÃO – PERICULOSIDADE CONCRETA – CONTRADITÓRIO DIFERIDO – POSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – RECURSO*

ORDINÁRIO DESPROVIDO. ***I - O v. acórdão justificou a inclusão do paciente no RDD, com fulcro no art. 52, §§ 1º e 2º, da Lei n.º 7.210/84, considerando a imprescindibilidade da medida para garantir a ordem e a segurança do estabelecimento penal, com nítido caráter acautelatório****. II - Consignou, ademais, que a inclusão do recorrente no referido regime se justificava em razão das evidências de que o paciente, supostamente, teria desempenhado papel ativo em rebelião ocorrida no dia 12/04/2018 no Presídio Ariston Cardoso/BA. Afirmou que o recorrente teria apresentado periculosidade concreta, em razão do comportamento transgressor com 'subversão da ordem, insubordinação, truculência, incitação de violência dentro da comunidade carcerária', ameaças a agentes, queima de colchões e destruição de celas. III - Os fundamentos adotados no v. acórdão, se coadunam com a jurisprudência desta Corte de Justiça no sentido de que, em casos de extrema e comprovada necessidade, é possível a autorização imediata de transferência do preso e sua inclusão cautelar no RDD, pois a ausência de oitiva prévia não é capaz de macular o procedimento, considerando o caráter emergencial da medida que poderá ser posteriormente suprida com o contraditório diferido. IV - O eg. Tribunal, ao conceder parcialmente a ordem, já determinou ao Magistrado de origem que 'adote as providências necessárias à abertura do Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD), oportunizando o exercício do contraditório diferido, observando o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, consignado cautelarmente, para sua conclusão' (f. 50). Não se vislumbra ilegalidade sanável na presente via, pois a determinação de inclusão cautelar do recorrente no RDD observou os ditames da Lei e foi devidamente justificada como meio eficaz de resguardar a segurança pública. Recurso ordinário desprovido."* (RHC 103.368/BA, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 06/12/2018, DJe 12/12/2018) (Destaquei)

Importante esclarecer que, em relação ao pedido de transferência de Jamil Name a Campo Grande-MS, pende o julgamento do Conflito de Competência de nº 170.048 - MS (2019/0376578-4) em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, cujo pedido discute a competência do Juiz Federal de Mossoró para determinar a devolução do paciente Jamil Name a esta Capital, porém, em decisão liminar suspendeu-se os efeitos da decisão de retorno do paciente até o julgamento do conflito. Vejamos pela integralidade da decisão exarada pelo Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz.

"Decisão

O Juízo de Direito da 1ª Vara de Execução Penal de Campo Grande – MS suscita conflito de competência diante da decisão proferida pelo Juízo Federal Corregedor da Penitenciária Federal de Mossoró – SJ/RN, que indeferiu o ingresso do preso Jamil Name no Sistema Penitenciário Federal e determinou sua devolução ao estado de origem, no prazo de 30 dias, fundamentalmente porque aquele estabelecimento 'não comporta abrigar preso, que é idoso, com problemas de saúde que reclamam tratamentos não oferecidos na unidade prisional federal' (f. 360). Diante disso, o Juízo suscitante requer a 'suspensão liminar da determinação do colega da Justiça Federal de Mossoró, até o deslinde do presente conflito' (f. 371, destaquei), notadamente porque o condenado seria um dos líderes de um grupo de extermínio, com alto poder financeiro e bélico – organização criminosa sofisticada e estruturada –, supostamente responsável por execuções de policiais em praça pública e que, em virtude da apuração dos fatos, correu teria dito que iria 'providenciar a maior matança da história do MS, de picolezeiro a governador' (f. 365).

O pedido inicial procede. Deveras, a atual jurisprudência desta Corte assinala que não cabe ao Juízo Federal discutir as razões do Juízo estadual, quando solicita a transferência de preso para estabelecimento prisional de segurança máxima, assim quando pede a renovação do prazo de permanência, porquanto este é o único habilitado a declarar a excepcionalidade da medida (AgRg no CC n. 153.692/RJ, Ministro Ribeiro Dantas, DJe 1º/3/2018). (CC n. 168.159/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 16/10/2019).

Além disso, verifico que o Juízo suscitante explicitou, ao menos por ora, motivos suficientes que justificam a concessão da medida de urgência, notadamente porque o estado de saúde do réu, ao menos aparentemente, pode ser controlado com medicamento comum e sua transferência para Presídio estadual pode representar enorme prejuízo à ordem pública, sobretudo em face do poder bélico da organização criminosa que lidera e pelo fato de que

> *haveria 'corrompido guardas municipais e policiais civis que passariam, em tese, a integrar a organização criminosa' (f. 366). À vista do exposto, por cautela, defiro o pedido formulado pelo Juízo suscitante para que seja imediatamente suspensa a determinação de devolução do condenado Jamil Name, feita pelo Juízo Federal suscitado, até o julgamento de mérito deste conflito de competência. Comunique-se, com urgência, aos Juízes suscitante e suscitado. Encaminhem-se os autos ao Ministério Público Federal para manifestação*[1]*."*

Portanto, não se verificando causa grave iminente de saúde do paciente e pela descrição pormenorizada da situação alarmante pela Procuradoria-Geral de Justiça, quanto aos possíveis atentados orquestrados de dentro do Presídio Federal, mantem-se a decisão objurgada pelos seus próprios fundamentos.

Com relação ao pedido de que a prisão preventiva do paciente seja substituída por medidas a serem cumpridas no recinto domiciliar, em razão do mesmo possuir 80 anos de idade, além das doenças já mencionadas, considerado como grupo de risco em relação ao COVID-10 (coronavírus), tem-se que não foi possível constatar que os requerimentos formulados na petição de f. 484-494 restaram analisados pelo juízo *a quo*.

Portanto, não restou esgotada a prestação jurisdicional na primeira instância, de modo que não cabe a esta Corte verificar tal situação, uma vez que incorreria em indevida supressão de instância.

Neste sentido, a orientação jurisprudencial:

> *"HABEAS CORPUS – HOMICÍDIO QUALIFICADO – CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS – REITERAÇÃO DE PEDIDO – NOVOS FATOS TRAZIDOS AOS AUTOS – PRISÃO DOMICILIAR –* ***RECENTE DECISÃO DO STF EM HABEAS CORPUS COLETIVO – AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO NO JUÍZO A QUO – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA*** *- NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. Não se aprecia habeas corpus com fundamento lastreado em pedido anterior já analisado, julgado e denegado. Dessa forma, incabível a reanálise da alegação relativa à presença de condições subjetivas favoráveis à paciente.* ***O pedido de prisão domiciliar, lastreado em nova argumentação, qual seja, recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em habeas corpus coletivo, não deve ser apreciado sem prévia manifestação do juízo a quo sobre a matéria, sob risco de supressão de instância.****"* (TJMG. *Habeas Corpus* Criminal 1.0000.18.022796-9/000, Relator(a): Des.(a) Cássio Salomé, 7ª Câmara Criminal, julgamento em 11/04/2018, publicação da súmula em 19/04/2018). (Destaquei)

Insta salientar que o mesmo pedido foi formulado nos autos de *Habeas Corpus* de n° 552365 – MS, em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, tendo o Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz não conhecido do pedido de reconsideração, justificando que não houve comprovação de que o pedido tenha sido levado às instâncias ordinárias. Vejamos pela íntegra da decisão:

> *"Decido. De pronto, constato que o argumento objeto do pedido de reconsideração – necessidade de prisão domiciliar em razão da pandemia de Covid-19 – não foi levado à apreciação das instâncias ordinárias, o que impede a sua análise diretamente por esta Corte Superior, sob pena de incidir em indevida supressão de instância. É certo de que já me manifestei em recentes oportunidades que, ante a crise mundial do coronavírus e, especialmente, a iminente gravidade do quadro nacional, intervenções e atitudes mais ousadas são demandadas das autoridades, inclusive do Poder Judiciário, sendo apropriado o exame da manutenção da medida mais gravosa com outro olhar; porém, sempre com ressalva quanto à necessidade inarredável da segregação preventiva, sobretudo nos casos de crimes cometidos com particular violência ou gravidade. Rememoro que, na espécie, conforme ressaltado no decisum que ora pretende seja revogado, o paciente foi apontado como suposto líder de organização criminosa, fortemente armada, cujo propósito seria a prática de homicídios, dentre outros delitos. O decreto preventivo ainda registra a ocorrência de supostas ameaças em desfavor do delegado de polícia, responsável pelas investigações da chamada Operação Omertá. Em relação ao quadro de saúde do paciente, o Juiz de primeiro*

1 https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?componente=MON&&ampsequencial=104752390&amptipo_documento=documento&ampnum_registro=201903765784&ampdata=20200203&amptipo=0&ampformato=PDF

grau consignou que 'não há comprovação nos autos nem de estar o requerente extremamente debilitado em decorrência das doenças apontadas, tampouco de que o tratamento necessário seja inviável no estabelecimento prisional, mormente diante das informações apresentadas pelo Departamento Penitenciário' (f. 557). De qualquer modo, a par do cenário indicado, entendo que as instâncias ordinárias têm maiores condições de analisar a alegada situação de risco frente à nova realidade, por estarem mais próximos da situação carcerária e das medidas adotadas pelas autoridades da área de segurança e de saúde da localidade onde o paciente encontra-se custodiado, o que demonstra que a apreciação do pedido diretamente por esta Corte, tal qual como deduzido na reconsideração, suprimiria da qualificada defesa a ampla discussão em torno da necessidade da prisão domiciliar. Mister ressaltar que o Poder Judiciário não está inerte à realidade do quadro mundial afetado pela pandemia de Covid-19, o que se pode inferir da pronta atuação do Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n. 62/2020-CNJ, bem como mediante o olhar atento do Supremo Tribunal Federal, que, em 23/3/2020, solicitou informações aos órgãos competentes acerca das medidas que estão sendo tomadas em cada um dos presídios brasileiros, no bojo do HC n. 143.641, Relator Ministro Ricardo Lewandowski.

À vista do exposto, não conheço do pedido de reconsideração."

Assim, por não vislumbrar qualquer ilegalidade na custódia cautelar do paciente, não conheço do pedido de prisão domiciliar e, no mérito, denego a ordem.

Oficie-se ao Presídio Federal de Mossoró-CE, encaminhando-lhe cópia do relatório de f. 216-218, para que possa instruir o prontuário médico do paciente junto a referida unidade prisional.

Oficie-se ao juízo impetrado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Denegaram unânime. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator em substituição legal, o Exmo. Sr. Juiz Waldir Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 31 de março de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator designado Juiz Waldir Marques
Apelação Criminal nº 0000935-64.2018.8.12.0013 – Jardim

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – DUPLO HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – MOTIVO FÚTIL E RECURSO QUE DIFICULTOU A DEFESA DAS VÍTIMAS – PLEITO PELA ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR SER MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS – PROVAS QUE DÃO RESPALDO À TESE DA ACUSAÇÃO – INVIABILIDADE – JULGAMENTO MANTIDO – PENA-BASE – PEDIDO DE REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL – POSSIBILIDADE – CULPABILIDADE, PERSONALIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME AFASTADAS – MENORIDADE RELATIVA – ATENUANTE RECONHECIDA – CONFISSÃO ESPONTÂNEA – ALMEJADA APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6 – *QUANTUM* INFERIOR FIXADO PELA JUÍZA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – PRETENSÃO ACOLHIDA – OBSERVÂNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ – MINORANTE DA TENTATIVA – REDUÇÃO EM 1/3 – PEDIDO DE REDUÇÃO NO MÁXIMO DE 2/3 – DIVERSOS GOLPES DE FACA – LONGO *ITER CRIMINIS* PERCORRIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A decisão do Tribunal do Júri, em face do princípio constitucional da soberania dos vereditos, previsto na alínea "c" do inciso XXXVIII do art. 5º da CF, só é possível ser modificada em situação excepcional, quando o julgamento se mostrar manifestamente contrário à prova dos autos, ou seja, completamente dissociado das provas, escandaloso e arbitrário.

Se o corpo de jurados optou pela tese acusatória de que o acusado cometeu os dois crimes de homicídio, um consumado e outro tentado, por motivo fútil e mediante recurso que dificultou a defesa das vítimas, apoiado na farta prova oral produzida nos autos, inviável se torna a anulação do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri.

Decotada da pena-base a circunstância judicial da culpabilidade, personalidade do agente e consequências do crime, pois valoradas na sentença sob fundamentação inidônea.

Impõe-se o reconhecimento da atenuante da menoridade se o réu, à época dos fatos, era menor de 21 anos de idade.

Ante a ausência de fundamentação idônea a justificar a incidência de *quantum* diverso ao adotado por esta Corte e pelo Superior Tribunal de Justiça como sendo o ideal, acolhe-se a pretensão para fixar o patamar de 1/6 pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, a qual deve incidir na condenação, desde que não haja afronta ao disposto na súmula 231 do STJ.

Afigura-se justa e correta a aplicação do percentual de 1/3 para a causa de diminuição da tentativa em razão do longo *iter criminis* percorrido, considerando os múltiplos golpes de faca, em região corporal vulnerável da vítima (abdômen).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Proveram parcialmente por maioria, nos termos do voto do revisor, vencido, em parte, o Relator. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 7 de abril de 2020.

Juiz Waldir Marques - Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

O réu Irã Orteza dos Santos foi condenado à pena de 22 anos e 2 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes de homicídio qualificado consumado, descrito no artigo 121, § 2.º, incisos II e IV, do Código Penal, e de homicídio qualificado, na modalidade tentada, capitulado no artigo 121, § 2º, incisos II e IV, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Inconformada, a defesa apelou pleiteando novo julgamento pelo Tribunal do Júri por entender que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos no que se refere às qualificadoras do motivo fútil e do recurso que dificultou a defesa da vítima. Subsidiariamente, requereu a redução da pena-base; o reconhecimento da atenuante de menoridade relativa; a fixação da fração de 1/6 para a atenuante da confissão espontânea; e a aplicação da fração de 2/3 para a tentativa. Apresentou prequestionamento (f. 580-606).

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões pelo não provimento do apelo (f. 615-638).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento parcial do recurso, apenas para reconhecer a atenuante da menoridade relativa e para fixar a fração de 1/6 para a atenuante da confissão espontânea (f. 666-687).

VOTO

O Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior. (Relator)

Inicialmente, a defesa pleiteou novo julgamento pelo Tribunal do Júri por entender que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos no que se refere às qualificadoras do motivo fútil e do recurso que dificultou a defesa da vítima.

Sem razão.

Segundo narrou a denúncia (f. 1-4):

> *"1) Consta do incluso Inquérito Policial que no dia 18 de março de 2018, por volta das 05h00min, na Avenida 11 de dezembro, Bairro Vila Angélica I, no estabelecimento comercial denominado Conveniência Cordil, nesta cidade e Comarca de Jardim/MS, o denunciado Irã Orteza dos Santos, agindo com manifesto animus necandi, por motivo fútil e mediante recurso que dificultou a defesa do ofendido, matou a vítima Rodrigo Soares Rodrigues (conforme certidão de óbito de f. 58).*
>
> *2) Ainda, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o denunciado Irã Orteza dos Santos, com manifesto animus necandi, por motivo fútil e mediante recurso que dificultou a defesa do ofendido, tentou matar a vítima Júlio Cézar Ferreira Konstanski, sendo certo que o delito somente não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade.*
>
> *Infere-se dos autos que, no dia e hora supramencionados, as vítimas Júlio Cézar Ferreira Konstanski e Rodrigo Soares Rodrigues estavam sentadas no estabelecimento Cordil, juntamente com a testemunha Marlon Rios. O denunciado Irã Orteza dos Santos, por sua vez, estava em outra mesa com as pessoas de João Everton Castilho Stein e Marcos Júnior Arguelho Acosta.*
>
> *Em certa oportunidade, o denunciado Irã Orteza pediu para seu amigo João Everton ir cumprimentar a pessoa de Marlon Rios para ver se ele diria alguma coisa, visto que pouco antes notou que Marlon havia olhado 'torto' para ele. Ao término do cumprimento, o denunciado Irã foi até Marlon e começou uma briga com o mesmo e com os amigos deste.*

Nesse momento o denunciado, de inopino, sacou uma faca e desferiu três golpes no abdômen da vítima Júlio César, que só não causaram sua morte porque a vítima Rodrigo Soares interferiu.

Ato contínuo, o denunciado Irã Orteza foi ao encontro da vítima Rodrigo Soares Rodrigues e desferiu cinco golpes de faca, que foram a causa de sua morte.

Constatou-se que o denunciado agiu mediante recurso que dificultou a defesa das vítimas, uma vez que Irã Orteza, na posse de uma arma branca, de forma desleal e inesperada, surpreendeu Júlio Cézar e Rodrigo Soares, que estavam desarmados e despreparados para as injustas agressões que receberam.

Ainda, praticou o crime por motivo fútil, ou seja, apenas porque supostamente o amigo das vítimas, a pessoa de Marlon Rios, teria olhado 'torto' para o denunciado Irã Orteza."

Encerrada a primeira fase do procedimento escalonado, o réu foi pronunciado nos autos termos da denúncia (f. 293-299), não tendo, nem o órgão ministerial, nem a defesa, interposto recurso em sentido estrito.

Impende destacar que a decisão do Tribunal do Júri, em face do princípio constitucional da soberania dos vereditos, previsto na alínea "c" do inciso XXXVIII do art. 5º da CF, só é possível de ser modificada em situação excepcional, quando o julgamento se mostrar arbitrário ou manifestamente contrário a prova dos autos.

No entanto, se a decisão proferida pelo Conselho de Sentença acolheu uma das teses trazidas pelas partes e esta tiver sintonia na prova produzida, torna-se incabível a anulação do julgamento em respeito à soberania do veredicto.

Consoante leciona Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes:

"Prevalecerá, contudo, a decisão popular, para que fique inteiramente preservada a soberania dos veredictos, quando estiver amparada em uma das versões resultantes do conjunto probatório. Se o Tribunal de Justiça, apesar de haver sustentáculo na prova para a tese vencedora, ainda que não seja robusta, determinar erroneamente novo julgamento, seria até mesmo cabível recurso especial ao STJ ou habeas corpus ao STF, a fim de que venha a subsistir a vontade do Conselho de Sentença e ser assegurada a soberania de seus veredictos." (Recursos no processo penal. 3. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 124.)

Ainda, é entendimento do STJ:

"PENAL – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE PROVAS – NÃO OCORRÊNCIA – EXISTÊNCIA DE PROVAS QUE PERMITEM A ADOÇÃO DE QUALQUER DAS TESES SUSTENTADAS PELAS PARTES – RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM – SOBERANIA DOS VEREDICTOS – REVERSÃO DO JULGADO – IMPOSSIBILIDADE – SÚMULA 7/STJ – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Existindo elementos de prova que permitam aos jurados a adoção de qualquer das teses sustentadas pelas partes, descabe a anulação do julgado por decisão manifestamente contrária à prova dos autos. 2. Rever a conclusão do Tribunal de origem, acolhendo-se a tese de insuficiência probatória, demandaria o confronto do veredito do Conselho de Sentença com os fatos e provas dos autos, o que esbarra no óbice da Súmula 7 desta Corte. 3. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 1306327/MG, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 27/11/2018, DJe 04/12/2018).

Nesse sentido também é orientação desta Corte:

"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO - TRIBUNAL DO JÚRI - HOMICÍDIO QUALIFICADO – ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVAS DOS AUTOS – INOCORRÊNCIA – JURADOS QUE ACOLHEM UMA DAS TESES

> *CONTRAPOSTAS – SOBERANIA DOS VEREDITOS – DECISÃO MANTIDA. 1 – A cassação do veredito popular por alegação de manifesta contrariedade à prova dos autos só é possível quando a decisão for teratológica, arbitrária e totalmente divorciada do contexto probatório, mas não aquela que opta por uma das versões existentes no contexto do caso, sob pena de se negar vigência ao princípio constitucional da soberania do Tribunal do Júri. Logo, não cabe ao Órgão Colegiado analisar o mérito da questão, em razão da competência que recai ao Conselho de Sentença, limitando-se a análise da questão no Tribunal ad quem, apenas da existência ou não de suporte probatório necessário a sustentar a condenação; 2 – Recurso desprovido, de acordo ao parecer."* (TJMS. Apelação n. 0002202-94.2015.8.12.0007, Cassilândia, 2ª Câmara Criminal, Relator (a): Des. José Ale Ahmad Netto, j: 04/02/2019, p: 06/02/2019)

Na hipótese dos autos, a decisão dos jurados encontra amparo na farta prova oral produzida, o que inviabiliza, por completo, o Tribunal *ad quem* anular o julgamento.

A vítima do homicídio tentado, Júlio Cézar Ferreira Konstanski, ao ser inquirida em juízo, afirmou que:

> *"(...) nós pegamos, chegamos lá, já tinha tomado umas, aí pegamos, sentamos, estava eu, o Rodrigo, o Bruno Eduardo, Donavan e o Alencar (...) aí sentamos, estávamos bebendo, papo vai, papo vem, aí chegou esses guris, eles estavam entre quatro, esse Irã, esse João Everton, tinha mais dois, só que eu não sei o nome deles. Nós sentamos lá, de boa, eles estavam na outra mesa, aí eles pegaram e saíram, não sei se foram para o centro ou que foram fazer. Aí chegou o Marlon, ele tinha comprado cigarro e sentou com a gente. Estávamos lá conversando de boa, aí chegou esses guris de novo. Esses meninos lá. Aí nós estávamos conversando, peguei virei para falar com o Rodrigo e chegou o Everton no Marlon. Cumprimentou tudo, certinho, assim. Aí eu falei 'de certo é amigo né'. Aí ele falou 'e aquela cena lá?' E deu um tapa na cara do guri. Aí ia dar um soco na cara do Marlon e peguei e empurrei o João Everton. Aí saiu o Irã por traz do João Everton e deu três facadas na minha barriga. Eu achei que era soco. Mas não era soco, era facada. Eu comecei, briguei com eles, entrei, sai na porrada com eles lá. Aí eu senti umas fincadas na minha barriga, tipo, umas pontadas. Aí eu fui ver o que que era, não estava sagrando, mas estava doendo, três pontadinhas. Levantei a camiseta e quando fui ver, o Rodrigo tentou me tirar, sei lá, ou foi tentar brigar com eles também, aí, quando fui ver, ele estava lá no chão. (...)."*

Por sua vez, a testemunha Marlon Rios, esclareceu que:

> *"(...) estava sentado, junto com os três, no caso, o Júlio e o Rodrigo. Um outro rapaz, sem ser o Irã, veio me cumprimentar, no caso (...), não conheço o rapaz, ele só veio me cumprimentar e falou meu nome, eu só estendi minha mão para ele, cumprimentando, eu só cumprimentei. Ele ia virar para ir embora, quando ele voltou de novo ele me deu um tapa, no rosto (...) ele só perguntou se era meu nome, 'Você é o Marlon?', aí ele estendeu a mão, eu cumprimentei. Falei que era e cumprimentei, aí que ele me deu o tapa (...) aí que o Júlio foi e empurrou ele, começou a briga (...)."*

Na fase inquisitiva, a testemunha João Everton Castilho Stein, que acompanhava o apelante, disse que *"no momento dos fatos estava na Cordil Conveniência na companhia de Irã e seu outro colega de nome Marcos; que pouco antes de saírem do local, Irã disse que havia um rapaz de nome Marlon no local e que Marlon estava olhando 'torto' para ele. Que Irã então disse para o depoente ir até Marlon e cumprimenta-lo para ver se ele diria alguma coisa. Que o depoente foi até onde estava Marlon."*

Em juízo, o policial militar Eudércio Júnior Loureiro da Silva disse ter indagado ao apelante Irã Orteza dos Santos o motivo da briga, e teve como resposta que foi *"por bobeira"*. E, ao conversar com a vítima Júlio Cézar Ferreira Konstanski, ela lhe informou *"que estavam consumindo bebida na Cordil, que estavam passando na rua e que do nada foram até a mesa deles e começaram a agredir eles"*. Ao final do depoimento judicial, o policial militar reafirmou que as vítimas sofreram a violência *"sem motivos, bem características do modus operandi do Irã, como ele sempre tem feito em outras ocorrências que temos atendido."*

Já o informante Bruno Eduardo Echeverria Scardin confirmou que a discussão se iniciou por desavença entre Marlon Rios e João Everton Castilho Stein.

Ainda, o informante Donavan Sanches disse perante a autoridade judicial que o apelante Irã Orteza Dos Santos chegou ao local, juntamente com João Everton Castilho Stein, dizendo que tinha desavença com Marlon Rios, quando se iniciou a briga.

Importante destacar que a testemunha presencial Mariz Duarte Camargo declarou que as vítimas não reagiram, sendo surpreendidas com as facadas.

Portanto, restou comprovado nos autos que as vítimas Rodrigo Soares Rodrigues e Júlio Cézar Ferreira Konstanski não iniciaram a discussão, que estavam sentadas na conveniência quando a briga se iniciou entre João Everton Castilho Steine, Marlon Rios e o apelante, e que sofreram golpes de faca desferidos pelo apelante Irã Orteza dos Santos, sem qualquer motivo aparente.

Acerca da qualificadora por motivo fútil, Guilherme de Souza Nucci assevera ser *"(...) o motivo flagrantemente desproporcional ao resultado produzido, que merece ser verificado sempre no caso concreto. Mata-se futilmente quando a razão pela qual o agente elimina outro ser humano é insignificante, sem qualquer respaldo social ou moral, veementemente condenável."* (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 564).

No caso, restou devidamente comprovada a desproporcionalidade entre o motivo da briga (desavença entre Marlon Rios, João Everton Castilho Stein e Irã Orteza dos Santos) e os golpes de facas desferidos pelo apelante contra as vítimas Rodrigo Soares Rodrigues e Júlio Cézar Ferreira Konstanski, que sequer estavam relacionadas com a desavença daqueles três primeiros, aliás, sem que houvesse notícia de animosidade ou atritos anteriores entre eles.

Com relação à qualificadora do recurso que dificultou a defesa da vítima, Guilherme de Souza Nucci assevera que *"(...) deixa a lei penal bem claro que o objetivo desta qualificadora é punir mais severamente o agente que, covardemente, mata o ofendido. Traindo-o, emboscando-o ou ocultando suas verdadeiras intenções, está prejudicando ou impedindo qualquer reação de sua parte, que se torna presa fácil."* (NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 568).

De igual maneira, também restou comprovado que o apelante Irã Orteza dos Santos agiu de opino, vindo a atingir as vítimas sem que tivessem chance de defesa.

Dessa forma, o pleito de anulação do julgamento é medida inviável, pois, como se pode verificar, há suporte probatório para amparar a tese acusatória dos dois homicídios, um consumado e outro tentado, bem como das qualificadoras do motivo fútil e do uso de recurso que dificultou a defesa das vítimas.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência desta Corte:

> *"EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO FÚTIL – ALEGAÇÃO DE DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA ÀS PROVAS DOS AUTOS – NÃO OCORRÊNCIA – QUALIFICADORA DO MOTIVO FÚTIL – JURADOS QUE ESCOLHERAM UMA DAS VERSÕES EXISTENTES NOS AUTOS – CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DÁ SUPORTE AO DECRETO CONDENATÓRIO – RECURSO DESPROVIDO. I – Inviável falar em julgamento manifestamente contrário às provas, pois a versão acolhida pelos jurados, no sentido de que o apelante cometeu o crime por motivo fútil, decorrente de uma negociação frustrada com a vítima relativa à venda de uma arma, encontra respaldo no conjunto probatório produzido no curso da persecução penal. Como cediço, as decisões proferidas pelo Júri Popular revestem-se de soberania, ficando suscetível de anulação somente o veredicto que não encontrar respaldo algum no conjunto probatório, situação não verificada na hipótese dos autos. II – Com o parecer, recurso desprovido."* (TJMS. Apelação Criminal n. 0002009-76.2012.8.12.0042, Rio Verde de Mato Grosso, 3ª Câmara Criminal, Relator (a): Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz, j: 20/09/2019, p: 24/09/2019)

Assim, deve ser mantido o julgamento proferido pelo Tribunal do Júri.

No tocante ao pedido de redução da pena-base, assiste-lhe razão em parte.

Infere-se da sentença que a juíza valorou negativamente a vetorial da culpabilidade, apascentando que *"o grau de reprovabilidade da conduta do réu merece censurabilidade acima daquela prevista no próprio tipo penal, tendo em vista a pluralidade de golpes desferidos nas vítimas, denotando conduta significativa violência."*

A meu juízo, afigura-se correta a negativação.

Depreende-se dos autos que a vítima Júlio Cézar Ferreira Konstanski sofreu 3 golpes de facas no abdômen, e na vítima fatal Rodrigo Soares Rodrigues foram desferidos 5 golpes, que foram a causa de sua morte, conforme exame de corpo de delito (f. 105-107), certidão de óbito (f. 63) e laudo de exame necroscópico (f. 66-70).

Logo, não se olvida que a pluralidade de golpes efetuados pelo réu em desfavor das vítimas, além de demonstrar a extrema violência com que os fatos se deram, reprova e acentua a sua culpabilidade acima do previsto no próprio tipo.

Mantem-se, assim, a negativação da referida vetorial.

Já no que se refere à personalidade do agente, valorada de forma negativa ao argumento de que *"não lhe é favorável, ante as várias incursões no mundo do crime"*, deve ser decotada da pena-base.

Isso porque não há elementos técnicos nos autos a indicar que a personalidade do réu é desviada. Também, o fato de ter *"várias incursões no mundo do crime"*, desde que constatadas, devem ser consideradas apenas como maus antecedentes ou agravante da reincidência, jamais como personalidade, nos termos da jurisprudência do STJ.

Confira-se:

> *"Esta Quinta Turma decidiu que é inidônea a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado para se inferir como negativa a personalidade ou a conduta social do agente (HC 366.639/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28/3/2017, DJe 5/4/2017)."* (*HC* 511.798/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/11/2019, DJe 09/12/2019)

Portanto, afasto a moduladora referente à personalidade do agente da pena-base.

No que concerne às consequências do crime, negativadas apenas em relação ao crime consumado, fundamentou a juíza: *"As consequências operam em seu demérito, tendo em vista que a vítima, jovem de apenas 24 de idade, foi precocemente retirado da convivência familiar (sic)."*

Nesse ponto, agiu com acerto a magistrada. Afinal, como bem observou o procurador de justiça (f. 677), *"o informante Donavan Sanches disse ser primo da vítima fatal Rodrigo Soares Rodrigues e que a mãe deste sofre muito com a perda do filho, que contava com apenas 24 (vinte e quatro) anos de idade no momento do seu assassinato."*

Com efeito, a toda evidência que as consequências do crime lhe prejudicam, de modo que não há como extirpar da pena-base a mencionada circunstância judicial.

Sendo assim, decotada da pena-base a vetorial da personalidade, impõe-se a sua redução em 4 meses de reclusão quanto ao delito consumado (vítima Rodrigo Soares Rodrigues), ficando estabelecida em 12 anos e 8 meses de reclusão, bem como em 3 meses de reclusão quanto ao delito tentado (vítima Júlio César Ferreira Konstanski), ficando estabelecida em 12 anos e 3 meses de reclusão.

Constata-se da sentença que a juíza *a quo*, ao realizar a dosimetria da pena, estabeleceu a pena-base e, em seguida, ante o reconhecimento das duas qualificadoras, utilizou-se de uma (recurso que dificultou a defesa da vítima) para qualificar os crimes de homicídio (consumado e tentado) e da outra (motivo fútil) como agravante na 2ª fase de aplicação da reprimenda, majorando ambas as penas em 1 ano.

Assim, com a incidência da agravante do art. 61, II, "a", do Código Penal, as penas passam para 13 anos e 8 meses de reclusão quanto ao crime consumado e 13 anos 3 meses de reclusão quanto ao crime tentado.

Quanto ao pleito de reconhecimento da atenuante da menoridade, tem razão o apelante, porquanto à época dos fatos contava com 19 anos de idade, uma vez que nasceu em 22 de novembro de 1998.

Portanto, o réu Irã Orteza dos Santos faz *jus* ao reconhecimento da atenuante da menoridade relativa.

A defesa insurge-se ainda em relação ao *quantum* de redução em razão da atenuante da confissão espontânea, pleiteando sua incidência no patamar de 1/6.

Mais uma vez, a pretensão defensiva revelou-se pertinente.

O Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento no sentido de ser razoável a redução da pena, pela aplicação da atenuante de confissão, no patamar de 1/6, sendo possível a aplicação de fração inferior diante da peculiaridade e mediante fundamentação idônea.

Tal posicionamento é o que tem sido adotado por este relator.

É bem verdade, não desconheço, que se a magistrada aplicasse o patamar requerido a pena intermediária ficaria aquém do mínimo legal, o que encontra óbice na Súmula 231 do STJ.

Nesse aspecto, não vejo nenhum problema em se reconhecer o *quantum* sugerido pelas cortes superiores, respeitando-se, na aplicação da pena, a súmula editada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Destarte, considerando que a juíza não fundamentou a aplicação de fração inferior a 1/6, referido *quantum* é o que deve ser aplicado, claro, respeitando-se o disposto na súmula 231 do STJ, situação a ser aplicada em relação à atenuante da menoridade.

Por tudo isso, presentes as atenuantes da menoridade e confissão espontânea, as penas intermediárias de ambos os delitos (homicídio duplamente qualificado consumado e homicídio duplamente qualificado tentado) ficam estabelecidas no mínimo legal de 12 anos de reclusão.

Como última tese, em relação ao crime de homicídio duplamente qualificado tentado, a defesa postulou a aplicação da minorante no grau máximo de 2/3.

Aqui, sua pretensão não merece prosperar.

A juíza sentenciante aplicou a fração mínima de 1/3 para a causa de diminuição de pena da tentativa *"(...) considerando o maior avanço do agente em relação ao momento consumativo, vez que foram praticados todos os atos da execução do homicídio (f. 577)."*

Ressalte-se que a doutrina defende que *"quanto mais próximo o agente chegar à consumação da infração penal, menor será o percentual de redução; ao contrário, quanto mais distante o agente permanecer da consumação do crime, maior será a redução."* (GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. Ímpetus, 2007. p. 263).

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça adota o critério de diminuição do crime tentado de forma inversamente proporcional à aproximação do resultado representado, quanto maior o *iter criminis* percorrido pelo agente (maior quantidade de golpes ou disparos de arma de fogo), menor será a fração da causa de diminuição.

No caso, apesar de a vítima Júlio Cézar Ferreira Konstanski ter sofrido lesão corporal de natureza leve, conforme exame de corpo de delito (f. 105-107), restando comprovado nos autos que o apelante desferiu 3 golpes de faca, atingindo-a no abdômen.

Assim, considerando os múltiplos golpes de faca, em região corporal vulnerável (abdômen), mostra-se razoável e pertinente a aplicação do percentual de 1/3 para a minorante da tentativa de homicídio.

Por fim, com relação ao prequestionamento suscitado pela defesa, convém registrar que fica satisfeito com a apreciação de todas as matérias ventiladas no recurso interposto, algumas delas reparadas nesta assentada, 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, dou parcial provimento ao recurso interposto por Irã Orteza dos Santos, apenas para decotar da pena-base a moduladora da personalidade do agente, reconhecer a atenuante da menoridade e aplicar o patamar de 1/6 em razão da atenuante da confissão espontânea, restando definitivamente condenado à pena de 12 anos de reclusão, pela prática do crime de homicídio duplamente qualificado consumado, descrito no artigo 121, § 2.º, incisos II e IV, do Código Penal, bem como à pena de 8 anos de reclusão, pela prática do crime de homicídio duplamente qualificado, na modalidade tentada, capitulado no artigo 121, § 2º, incisos II e IV, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, a serem cumpridas no regime inicial fechado.

O Sr. Juiz Waldir Marques (Revisor)

Divirjo do e. Relator, no tocante à pena-base, para afastar a moduladora da culpabilidade e das consequências do crime.

Acerca da moduladora da culpabilidade, deve ser valorada a partir de um *plus* na conduta do agente. Conforme consta dos autos, o fundamento idêntico utilizado pelo magistrado aos delitos de homicídio qualificado consumado e homicídio qualificado, na modalidade tentada, no sentido de que *"o grau de reprovabilidade da conduta do réu merece censurabilidade acima daquela prevista no próprio tipo penal, tendo em vista a pluralidade de golpes desferidos nas vítimas, denotando conduta significativa violência"*, é ínsito o próprio tipo penal, pois está ligado ao intento em matar atingido pelo acusado por meio de vários golpes de faca.

Desta feita, não demonstrada a maior intensidade do dolo do réu no momento das ações delituosas, referida modulada deve ser refutada como negativa ao apelante.

A motivação da análise desfavorável acerca das consequências do delito ao crime de homicídio qualificado consumado, consubstanciada na fundamentação de que *"tendo em vista que a vítima, jovem de apenas 24 de idade, foi precocemente retirado da convivência familiar (sic)",* é inerente ao tipo penal de homicídio, que prevê o resultado morte.

Assim, diante do afastamento das circunstâncias judiciais da culpabilidade, personalidade e consequências do crime, reduzo a pena-base para o mínimo legal.

Passo à readequação da reprimenda

Delito descrito do art. 21, § 2º, incisos II e IV, do CP (Homicídio qualificado consumado)

Na primeira fase, reduzo a pena-base para 12 anos de reclusão.

Na segunda fase, incide a agravante do art. 61, inciso II, "a", do CP (motivo fútil), bem como presente a atenuante da confissão espontânea aplicada na sentença, reconhecida a atenuante da menoridade relativa e aplicada a fração de 1/6, pelo e. Relator, fica a pena provisória em 12 anos de reclusão, em razão da incidência da Súmula 231, do STJ.

Na terceira fase, diante da inexistência de causas de aumento e diminuição de pena, torno-a definitiva em 12 anos de reclusão.

Crime descrito no art. 121, § 2º, incisos II e IV, c/c art. 14, ambos do CP (Homicídio qualificado tentado)

Na primeira fase, reduzo a pena-base para 12 anos de reclusão.

Na segunda fase, incide a agravante do art. 61, inciso II, "a", do CP (motivo fútil), bem como presente a atenuante da confissão espontânea aplicada na sentença, reconhecida a atenuante da menoridade relativa e aplicada a fração de 1/6, pelo e. Relator, fica a pena provisória em 12 anos de reclusão, em razão da incidência da Súmula 231, do STJ.

Na terceira fase, diante da causa de diminuição da tentativa na fração de 1/3, nos termos da sentença, torno a pena definitiva em 08 anos de reclusão, ante a ausência de outros elementos modificadores.

Concurso material

Em razão do concurso material de infrações, a pena soma o total de 20 anos de reclusão.

Quanto às demais matérias abordadas no voto inaugural, acompanho o e. Relator.

Por tais fundamentos, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso interposto por Irã Orteza dos Santos, para reduzir as penas-bases ao mínimo legal aos delitos, reconhecer a atenuante da menoridade relativa e aplicar o patamar de 1/6 em razão da atenuante da confissão espontânea, ficando condenado à pena defitiva de 12 anos de reclusão, pela prática do crime de homicídio qualificado consumado (artigo 121, § 2.º, incisos II e IV, do Código Penal), bem como à pena de 8 anos de reclusão, pela prática do crime de homicídio qualificado, na modalidade tentada (artigo 121, § 2.º, incisos II e IV, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal), que aplicando-se a regra do concurso material de infrações, somam o total de 20 anos de reclusão, no regime inicial fechado.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Vogal)

Acompanho o ilustre Revisor para prover parcialmente o recurso defensivo.

Ressalvo apenas o meu entendimento pessoal acerca da matéria ora examinada, pois entendo que o reconhecimento de atenuantes, na segunda fase dosimétrica, pode levar a reprimenda aquém do mínimo abstrato, ante a falta de previsão legal impondo tal limitação e em obséquio ao mandamento constitucional da individualização da pena.

No caso concreto, contudo, como a fixação da intermediária no mínimo legal pelo e. Revisor revela-se proporcional e suficiente para reprovação e prevenção do delito de homicídio qualificado, certo é que não convém contrariar a jurisprudência consolidada sobre o assunto (Enunciado Sumular 231 do STJ), pois, na hipótese, só geraria expectativas efêmeras de reforma.

Superada a ressalva, acompanho o Revisor, Juiz Waldir Marques.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram parcialmente por maioria, nos termos do voto do revisor, vencido, em parte, o relator. Decisão em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Jonas Hass Silva Júnior.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Jonas Hass Silva Júnior, Juiz Waldir Marques e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 7 de abril de 2020.

***

2ª Câmara Criminal
Relator Juiz Waldir Marques
Apelação Criminal nº 0000027-89.2018.8.12.0018 – Paranaíba

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – DOIS APELANTES – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO PRIVILEGIADO (DUAS VEZES) – EM ERRO DE EXECUÇÃO QUANTO À SEGUNDA VÍTIMA – CONCURSO FORMAL DE INFRAÇÕES – PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS AFASTADA – DECISÃO EMBASADA NO VASTO CONJUNTO PROBATÓRIO – OPÇÃO DOS JURADOS POR UMA DAS TESES SUSTENTADAS EM PLENÁRIO – SOBERANIA DOS VEREDICTOS – QUALIFICADORA DO ART. 121, § 2º, IV, DO CP, MANTIDA – PENA-BASE – REDUÇÃO – ANTECEDENTES NÃO CONFIGURADOS – PERSONALIDADE MAL VALORADA – CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO – CORRETAMENTE AVALIADAS – PLEITO PARA RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA VIOLENTA EMOÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – DUPLA VALORAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA PELA MESMA CIRCUNSTÂNCIA – FORMA PRIVILEGIADA DO CRIME DISPOSTA NO § 1º DO ART. 121, DO CÓDIGO PENAL, QUE JÁ PREVÊ A AÇÃO SOB O DOMÍNIO DE VIOLENTA EMOÇÃO – FRAÇÃO DE REDUÇÃO DA PENA EM RAZÃO DA TENTATIVA – REFORMA PARA 1/2 – REVISÃO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 1º DO ART. 121 DO CÓDIGO PENAL – IMPOSSIBILIDADE – PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA – PATAMAR INALTERADO – REGIME ALTERADO APENAS PARA O RÉU LUIS FERNANDO – RECURSOS PROVIDOS EM PARTE – DE OFÍCIO, FIXAÇÃO DA PENA EM RELAÇÃO À VÍTIMA ATINGIDA POR ERRO NA EXECUÇÃO – NECESSIDADE DE INDUVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS EM RAZÃO DO CONCURSO FORMAL DE INFRAÇÕES – VÍCIO QUE DEVE SER SANADO POR ESTE TRIBUNAL.

Compete ao Tribunal, quando provocado, anular o julgamento proferido pelo Tribunal do Júri, quando o veredicto é manifestamente contrário à prova dos autos - art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal. No caso, a decisão do Corpo de Jurados não se mostra aviltante ou arbitrária, mas condizente com a realidade fática e amparada no conjunto probatório. Os jurados ouviram ambas as versões, conheceram o contraditório e formaram seu convencimento. Não caberia, em sede de apelação, reformar o que decidiram, se o processo transcorreu sem nulidades, em observância ao princípio constitucional da soberania dos vereditos, insculpido no art. 5º, XXXVIII, "c", da Constituição Federal.

Impositiva a manutenção da qualificadora prevista no art. 121, § 2º, IV, do CP, pois embasada em uma das versões sustentadas em plenário e nos elementos probatórios produzidos durante a instrução criminal, bem como para que não se incorra em ofensa ao mencionado princípio constitucional da soberania dos vereditos.

Penas-bases reduzidas, em razão do afastamento da valoração dos antecedentes ao réu Matias, da personalidade ao réu Luiz Fernando, pois fundamentadas de forma inidônea na sentença singular. Consoante atual posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, anterior condenação por porte ou posse de drogas para consumo, previsto no art. 28, da Lei nº 11.343/2006, não é apta para gerar reincidência ou antecedentes. No entanto, o mesmo não ocorre com as circunstâncias do crimes, pois devidamente sopesada, com base em elementos concretos dos autos, para ambos os apelantes, sob fundamentação idêntica. A redução das penas-bases se dará em observância à fração de 1/8 (um oitavo), a qual incide sobre o intervalo da pena prevista no tipo penal, consoante atual posicionamento firmado no STJ.

Incabível o reconhecimento da atenuante prevista do art. 65, inciso III, alínea "c", do Código Penal (violenta emoção), evitando, assim, a dupla valoração pelo mesmo fundamento, eis que fora

reconhecido a favor do apelante Matias o privilégio do art. 121, § 1º do CP (violenta emoção). Logo, não é possível levar em consideração duas vezes uma só circunstância em face do princípio do *non bis in idem*.

A fração de redução da pena pela tentativa regula-se pelo *iter criminis* percorrido, ou seja, quanto mais o agente se aproxima do resultado menor deve ser a redução. Na espécie, considerando-se que foi longo o *iter criminis* percorrido, já que a execução do crime não permaneceu em seu início nem se aproximou sobremaneira da consumação, a reforma da fração de redução estabelecida na sentença é medida que se impõe, todavia, não em seu grau máximo como requer a defesa, mas no patamar intermediário (1/2).

O critério para a redução da pena, em razão do § 1º do art. 121, do CP, decorre de aspectos subjetivos das circunstâncias do crime. Assim, sendo ato discricionário do julgador e estando proporcional e adequado, não há motivos para a alteração do *quantum* aplicado.

Ante a eficácia causal da participação para a produção do resultado, haja vista que atuou como motorista, garantindo a fuga, resta justificada a manutenção da fração mínima de diminuição de pena pela participação de menor importância.

Tratando-se de concurso formal de infrações, a reprimenda deve ser estabelecida distintamente para cada um dos delitos, realizando-se, em seguida, o aumento previsto pelo art. 70, do CP. Na hipótese, haja vista a não individualização da pena em relação ao delito praticado em relação à vítima atingida por erro na execução, o que caracteriza grave ofensa ao princípio da individualização da pena, tal vício deve ser sanado por esta Corte. Pena estabelecida nos mesmos moldes do crime praticado contra a vítima pretendida, haja vista as condutas idênticas reconhecidas pelo Conselho de Jurados.

Em parte com o parecer, dou parcial provimento aos recursos, para reduzir as penas-bases, diante do afastamento das moduladoras dos antecedentes e da personalidade, bem como reformar o patamar da diminuição pela tentativa para 1/2 (metade) e alterar o regime para o semiaberto apenas ao apelante Luis Fernando. De ofício, fixação da pena em relação ao crime praticado contra a vítima alvejada por erro na execução.

Fica o apelante Matias Batista Marques condenado à pena definitiva de 06 anos, 11 meses e 04 dias de reclusão, no regime inicial fechado e Luis Fernando Rodrigues da Silva à reprimenda definitiva de 02 anos, 08 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos. Por maioria, proveram parcialmente os recursos defensivos e de ofício retificaram a pena nos termos do voto do Relator, vencido o Vogal. Decisão em parte com o parecer.

Campo Grande, 9 de junho de 2020.

Juiz Waldir Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Juiz Waldir Marques.

Trata-se de apelação criminal interposta por Luis Fernando Rodrigues da Silva e Matias Batista Marques em face da sentença de f. 572-575, que, após acolher o veredito condenatório do Conselho de Sentença, julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou:

Luis Fernando Rodrigues da Silva pela prática do crime tipificado no art. 121, *caput*, c/c o art. 14, inciso II, e art. 29, § 1º, ambos do CP, à pena de 04 anos, 07 meses e 16 dias de reclusão, em regime inicial fechado e;

Matias Batista Marques pela prática do crime previsto no art. 121, § 1º e § 2º, inciso IV, c/c o art. 14, inciso II, ambos do CP, e art. 121, § 1º e § 2º, inciso IV, c/c o art. 14, inciso II, do CP, c/c o art. 73, c/c o art. 70, *caput* (primeira parte), todos do CP, à pena de 09 anos, 04 meses e 23 dias de reclusão, no regime inicial fechado.

Nas razões de f. 621-645, a defesa de Matias requer a submissão deste a novo julgamento, aduzindo que a decisão dos jurados é contrária às provas colhidas nos autos, asseverando a necessidade de desclassificação da conduta de tentativa de homicídio qualificado privilegiado para lesão corporal e manifestamente improcedente a qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, prevista no inciso IV do § 2º do artigo 121, do CP. Subsidiariamente, pugna para que sejam afastadas as moduladoras dos antecedentes e das circunstâncias do crime, ocorrendo a readequação da pena-base, bem como almeja o reconhecimento da atenuante prevista do art. 65, inciso III, alínea "c", do Código Penal, conduzindo a pena na segunda fase ao mínimo legal ou aquém deste, pede a aplicação do patamar máximo às causas de diminuição da tentativa e do homicídio privilegiado e, por fim, requer a alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o mais brando. Formulou prequestionamento.

Por sua vez, o recorrente Luis Fernando, às f. 607-620, requer a redução da pena-base, diante do expurgo das moduladoras da personalidade e das circunstâncias do crime e, consequentemente, conduzir a pena intermediária em patamar aquém do mínimo legal, em razão da atenuante da menoridade relativa, a incidência do patamar máximo às causas de diminuição da tentativa e da participação de menor importância e a modificação do regime prisional. Prequestionou.

Em sede de contrarrazões às f. 649-680, o *Parquet* manifestou pelo não provimento do recurso. Apresentou prequestionamento.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às f. 707-733, pelo não provimento do recurso. Prequestionou.

VOTO

O Sr. Juiz Waldir Marques. (Relator)

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Luis Fernando Rodrigues da Silva e Matias Batista Marques em face da sentença de f. 572-575, que, após acolher o veredito condenatório do Conselho de Sentença, julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou:

Luis Fernando Rodrigues da Silva pela prática do crime tipificado no art. 121, *caput*, c/c o art. 14, inciso II, e art. 29, § 1º, ambos do CP, à pena de 04 anos, 07 meses e 16 dias de reclusão, em regime inicial fechado e;

Matias Batista Marques pela prática do crime previsto no art. 121, § 1º e § 2º, inciso IV, c/c o art. 14, inciso II, ambos do CP, e art. 121, § 1º e § 2º, inciso IV, c/c o art. 14, inciso II, do CP, c/c o art. 73, c/c o art. 70, *caput* (primeira parte), todos do CP, à pena de 09 anos, 04 meses e 23 dias de reclusão, no regime inicial fechado.

Nas razões de f. 621-645, a defesa de Matias requer a submissão deste a novo julgamento, aduzindo que a decisão dos jurados é contrária às provas colhidas nos autos, asseverando a necessidade de desclassificação da conduta de tentativa de homicídio qualificado privilegiado para lesão corporal e manifestamente improcedente a qualificadora do recurso que impossibilitou a defesa da vítima, prevista no inciso IV do § 2º do artigo 121, do CP. Subsidiariamente, pugna para que sejam afastadas as moduladoras dos antecedentes e das circunstâncias

do crime, ocorrendo a readequação da pena-base, bem como almeja o reconhecimento da atenuante prevista do art. 65, inciso III, alínea "c", do Código Penal, conduzindo a pena na segunda fase ao mínimo legal ou aquém deste, pede a aplicação do patamar máximo às causas de diminuição da tentativa e do homicídio privilegiado e, por fim, requer a alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o mais brando. Formulou prequestionamento.

Por sua vez, o recorrente Luis Fernando, às f. 607-620, requer a redução da pena-base, diante do expurgo das moduladoras da personalidade e das circunstâncias do crime e, consequentemente, conduzir a pena intermediária em patamar aquém do mínimo legal, em razão da atenuante da menoridade relativa, a incidência do patamar máximo às causas de diminuição da tentativa e da participação de menor importância e a modificação do regime prisional. Prequestionou.

Do julgamento contrário à prova dos autos - pedido exclusivo do apelante Matias

Nos termos do art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal, compete ao Tribunal, quando provocado, anular o julgamento proferido pelo Tribunal do Júri, quando se apresentar manifestamente contrário à prova dos autos.

Contudo, no intuito de resguardar a soberania dos vereditos, não é permitido ao Tribunal emitir um juízo de valor a respeito do mérito da ação penal, em especial em relação à materialidade e autoria delitiva, sob pena de influenciar o novo julgamento.

Desse modo, a análise deve ficar restrita à verificação da existência, ou não, de prova suficiente a embasar a tese acolhida pelo Conselho de Sentença. A recorribilidade das decisões do Júri, considerando o permissivo da alínea "d" do inciso III do art. 593, do Código de Processo Penal (decisão manifestamente contrária à prova dos autos), é medida excepcional.

No caso em tela, a decisão dos jurados se apoiou em uma das versões apresentadas e debatidas em plenário, amparada por testemunhos idôneos, afastando a hipótese de contrariedade manifesta à prova dos autos.

Constata-se que os jurados concluíram pela procedência parcial da pretensão punitiva e entenderam que a ação do agente Matias Batista Marques foi caracterizada por recurso que dificultou a defesa das vítimas, já que teria efetuado os disparos de arma de fogo de forma inesperada, enquanto os ofendidos estavam em uma confraternização entre familiares e amigos. Assim, a decisão não pode ser taxada de aviltante ou arbitrária, eis que amparada em elementos probatórios carreados ao feito durante o curso da instrução.

Irresignado, o recorrente aduz que: *"Quando interrogado em juízo (f. 322), o acusado Matias Batista Marques descreveu com precisão toda a dinâmica dos fatos e disse que jamais intentou tirar a vida da vítima; afirmou, ainda, que já fora ameaçado diversas vezes pela vítima Fabrício, e que este teria proferido ameaças também à família do apelante."*

Justifica ainda que*, "as feridas causadas às vítimas não ostentaram olímpicas dimensões, sequer resultando perigo de vida, importante ressaltar que a lesão corporal causada à vítima Fabrício fora classificada pelo perito como de grau leve (f. 624)."*

No entanto, não se mostra possível acolher a tese defensiva, consistente na alegação de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, ao acolher a versão apresentada pela acusação e negar as teses de desclassificação do delito para crimes não dolosos contra a vida, pois as provas produzidas em juízo confirmam a autoria e a materialidade delitiva.

O apelante, além de acertar o disparo em face da vítima Fabrício, por um erro de execução, também atingiu a vítima Jucileia.

Na fase extrajudicial, o acusado Matias foi interrogado e admitiu o *animus necandi* em face a vítima Fabrício. Disse que:

> *"(...) na ocasião do crime, ao sair de casa, o interrogando comentou com orelha sobre a intenção de matar Fabrício, dizendo se ele tinha coragem de ir lá com o interrogando e ele falou que tinha (...)."* (f. 61).

Ao ser interrogado na fase judicial, alterou em parte sua versão apresentada na fase policial e relatou que o ofendido Fabrício já lhe "atormentava" desde os seus doze anos de idade. Antes dos fatos se desentendeu com Fabrício, dizendo que este jogou pedra na sua casa, acertando sua mãe e um tempo depois também desferiu um tiro de espingarda em seu portão, tendo seu vizinho apontado Fabricio como autor desses disparos. No dia dos fatos descritos na denúncia, horas antes, Fabrício passou em frente sua casa lhe ameaçando, gritando que ele iria morrer. Diante disso, pegou seu revólver e saiu da casa, e andando de moto com seu amigo Luis Fernando, se deparou com a vítima, não sabendo que este estaria no local, o qual teria lhe xingado novamente, momento em que efetuou disparos apenas para assustar Fabrício, sendo que o primo dele bateu em sua mão com um violão, razão pela qual efetuou outro disparo, que atingiu a segunda vítima, Jucileia, a qual não conhecia. (f. 575 - arquivo audiovisual disponível no SAJ).

Em sentido oposto às declarações judiciais apresentadas pelo réu, há o depoimento das vítimas na fase extrajudicial e em juízo, as quais afirmaram que o réu passou em frente à residência na garupa de uma moto conduzida pelo corréu e de maneira repentina iniciou os disparos, a fim de surpreendê-las e, dessa forma, lograr êxito em seu propósito.

A vítima Fabrício Aparecido Machado relatou na fase extrajudicial como aconteceu os fatos:

> *"(...) no dia 23 de dezembro de 2017, por volta das 07 horas da noite, encontrava-se na casa de uma amiga de nome Rocielma, localizada na Rua Alves Barreto, n. 590, nesta cidade, quando foi vítima de Tentativa de Homicídio. O declarante foi amasiado com Fabiele Monteiro da Silva, que era ex-esposa do Matias, conviveram juntos durante aproximadamente dois anos, tiveram um filho e estão separados há um ano. Quando se conheceram, Fabiele já era separada do Matias há dois anos. Na época, o declarante e Fabiele moraram na fazenda e não tiveram problema com Matias. Porém, logo depois que mudou para a cidade, o declarante passou a ser ameaçado pelo Matias, que chegou a efetuar disparos de arma de fogo na casa onde o declarante residia, não sabendo mencionar se tem registro de ocorrências sobre os fatos. Em razão das ameaças, o declarante se separou de Fabiele, que atualmente reside na cidade de São José do Rio Preto/SP. Mesmo assim, Matias continuou perseguindo o declarante, foi registrada a ocorrência nesta Delegacia e participaram de audiência no Fórum, mas a situação piorou.* ***Matias continuou mandando recados que vai matar o declarante através de amigos dele cujos nomes não sabe mencionar****. No sábado, o declarante foi convidado para participar de uma festa e permaneceu em frente a casa da Rocielma, no Jardim América. Em determinado momento, viu que o tal de orelha desceu pilotando uma moto com a luz apagada e o Matias estava na garupa. Viu que orelha desceu com a moto até o final da rua, retornou e parou em frente a casa de Rocielma, enquanto Matias já desceu com uma arma na mão e deu cinco tiros, sendo que um dos disparos acerou o declarante nas costas****. (...)."* (f. 13-14) g.n

Por sua vez, a vítima Jucileia da Silva Ferreira também narrou como ocorreu a ação criminosa e disse:

> *"(...) é amiga de Fabrício Aparecido Machado; Que no sia dos fatos Fabrício lhe convidou para ir à um churrasco na casa de uma amiga dele, de alcunha 'RO'; que a declarante aceitou o convite por volta das 19:50 horas foi para casa de 'RO' na companhia de seu filho de sete anos; que a declarante estava sentada na calçada quando viu uma motocicleta passando na rua em direção onde acontecia o churrasco; que a motocicleta estava com os faróis apagados e haviam dois ocupantes na mesma; que a declarante levantou-se para ir em direção do seu filho, momento em que escutou disparos de arma de fogo provenientes dos ocupantes da referida motocicleta; que a declarante segurou seu filho e sentiu tontura, vindo a cair, mas não ficou inconsciente (...) Fabrício informou ainda aos policiais que ele e 'Guga' [leia-se Matias] possuem uma rixa há cinco anos; (...)."* (f. 22)

Em juízo, as vítimas ratificaram as versões apresentadas, sendo que Fabrício esclareceu que os desentendimentos entre ele e o réu tiveram início desde que se casou com a ex-esposa do acusado Matias, o que ocasionou diversas ameaças. Relatou que estava em uma festa de final de ano na casa de sua amiga, quando Matias chegou com o corréu, efetuando disparos em sua direção e no local haviam várias pessoas, sendo atingido nas costas e Juciléia também foi alvejada. No dia dos fatos foi surpreendido pelo acusado, pois estava numa comemoração familiar e entre amigos. Afirmou que o réu sempre o perseguia pela cidade (f. 283-284 - arquivo audiovisual disponível no SAJ).

Também foram juntados aos autos os laudos periciais realizados nas vitimas (Jucileia da Silva Ferreira - f. 388-390; e Fabrício Aparecido Machado - f. 414-417), os quais demonstram a gravidade das lesões sofridas.

Assim, pelo acervo probatório produzido nos autos e o exposto nos depoimentos prestados pelas vítimas e pelo acusado, inviável o acolhimento da tese defensiva de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, ao acolher a versão apresentada pela acusação e negar as teses de desclassificação do delito para crimes não dolosos contra a vida, pois as provas produzidas em juízo confirmam a autoria e a materialidade delitiva.

Ficou evidenciado que os jurados não decidiram em afronta ao conjunto probante do feito. Eles ouviram ambas as versões, conheceram o contraditório e formaram seu convencimento. Não caberia, em sede de apelação, reformar o que decidiram os jurados se o processo transcorreu sem nulidades, havendo amplo direito de defesa e exposição do contraditório.

Outrossim, vigora para os jurados o princípio do livre convencimento íntimo e da livre apreciação das provas, sendo vedado apenas que eles decidam arbitrariamente, tudo de forma a respeitar o princípio constitucional da soberania dos veredictos, previsto no art. 5º, XXXVIII, *c*, da CF, o que não ocorreu na espécie.

Sobre a questão, lecionam Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto[1]:

> *"(...) assim se entende a decisão totalmente divorciada da prova do processo, ou seja, que não encontra nenhum apoio no conjunto probatório colhido nos autos, 'é aquela que não tem apoio em prova nenhuma, é aquela proferida ao arrepio de tudo quanto mostram os autos, é aquela que não tem a suportá-la, ou justificá-la, um único dado indicativo do acerto da conclusão adotada' (RT 780/653). (...)* ***se, porém, a decisão dos jurados encontra algum apoio na prova dos autos, tendo eles aderido a uma das versões verossímeis dentre as apresentadas, a decisão é mantida, em nome da soberania dos veredictos e levando-se em conta, em acréscimo, que os jurados julgam segundo a sua íntima convicção, o que implica dizer, sem a necessidade de fundamentar seus votos.*** *(RSTJ 47/433; RT 774/564. No STF: RTJ 175/230). Somente - repita-se - aquela decisão que não encontra qualquer arrimo na prova do processo é que autorizará novo julgamento com base nesse dispositivo legal (...)."* (G.n.)

Nesse contexto, o Conselho de Sentença não agiu contrariamente à prova dos autos, mas amparado em uma das correntes discutidas em plenário, sendo, portanto, inadmissível a cassação do veredito popular, devendo ser mantida a condenação do acusado.

Qualificadora do art. 121, § 2º, IV, do CP - pedido exclusivo do apelante Matias.

Subsidiariamente, a defesa pugna para que seja afastada a qualificadora reconhecida na sentença (art. 121, § 2º, IV, do CP).

Melhor sorte não lhe assiste.

O art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, dispõe que o homicídio será qualificado quando é *"cometido à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido."*

1 GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Comentários às reformas do código de processo penal e da lei de trânsito**. São Paulo: RT, 2008. p. 250.

Guilherme de Souza Nucci (*in* Código penal comentado. 11. ed. p. 644) ensina que, para configurar a qualificadora referente ao recurso que dificulte a defesa da vítima, a surpresa é o fator diferencial que se deve buscar, sendo *"indispensável a prova de que o agente teve por propósito efetivamente surpreender a pessoa visada, enganando-a, impedindo-a de se defender ou, ao menos, dificultando-lhe a reação."*

No caso dos autos, conforme depoimento prestado pelas vítimas na fase policial e em juízo, restou demonstrado que foram surpreendidos pelo réu, o qual teria, de forma inesperada, efetuado disparos de arma de fogo contra as vítimas que se encontravam em uma confraternização entre familiares e amigos, em frente à residência, com o intuito de ceifar a vida de Fabrício, alvejando também Jucélia da Silva Silveira, por erro na execução, não logrando êxito por circunstâncias alheias à sua vontade.

Veja-se mais uma vez o seguinte trecho do relato da vítima Fabrício:

> *"(...)* ***no sábado, o declarante foi convidado para participar de uma festa e permaneceu em frente a casa da Rocielma, no Jardim América. Em determinado momento, viu que o tal de Orelha desceu pilotando uma moto com a luz apagada e o Matias estava na garupa. Viu que Orelha desceu com a moto até o final da rua, retornou e parou em frente a casa de Rocielma, enquanto Matias já desceu com uma arma na mão e deu cinco tiros, sendo que um dos disparos acerou o declarante nas costas****. (...)."* (f. 13-14). g.n

Logo, a qualificadora estatuída no art. 121, § 2º, IV, do CP, deve ser mantida, pois o caderno processual reuniu dados que demonstraram o elemento surpresa na ação do réu, de forma que, a ação delituosa foi inesperada.

Passo à análise dos pedidos em comum dos apelantes de forma conjunta, haja vista a similitude dos fatos.

Pena-base

O apelante Matias pugna para que sejam afastadas as moduladoras dos antecedentes e das circunstâncias do crime, enquanto o recorrente Luis Fernando almeja o expurgo da personalidade e das circunstâncias do crime.

Ao fixar a pena, o magistrado consignou:

> *"****Aplicação da pena para o réu matias batista marques:*** *O Conselho de Sentença reconheceu que o crime de homicídio na forma tentada praticado contra a vítima Jucileia da Silva Silveira decorreu de erro na execução. Nesse passo, conforme preceitua o art. 73 do CP, será aplicada a regra do concurso formal de crimes, prevista no art. 70, caput, primeira parte, do CP. Em razão disso, a pena será aplicada apenas com relação ao delito de homicídio qualificado na forma tentada praticado em face da vítima Fabrício Aparecido Machado, fazendo incidir a causa geral de aumento do concurso forma de crimes na terceira fase da dosimetria.* ***Na primeira fase****, não há nada a considerar quanto à culpabilidade, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos e consequências do delito, assim como com relação ao comportamento da vítima. De outro vértice, anoto que o réu possui* ***maus antecedentes,*** *anotando condenação definitiva anterior nos Autos n. 0000585-61.2018.8.12.0018; além disso, as* ***circunstâncias do delito*** *devem ser sopesadas nesta fase, pois no momento do crime havia no local uma criança de 07 anos, filho da vítima Jucileia, aumentado assim a gravidade da conduta. Saliento que os motivos e demais circunstâncias peculiares do crime em análise são objeto da qualificadora. Fixo a pena-base em 14 (quatorze) anos e 06 (seis) meses de reclusão.*
>
> *(...)*
>
> ***Aplicação da pena para o réu Luis Fernando Rodrigues Da Silva: na primeira fase,*** *não há nada a considerar quanto à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, aos motivos e consequências do delito, assim como com relação ao comportamento da vítima. De outro vértice, anoto que o réu possui* ***personalidade*** *voltada para a prática de delitos, anotando condenação definitiva anterior nos Autos n. 0001082-75.2018.8.12.0018; além disso,* ***as circunstâncias do delito*** *devem ser sopesadas nesta fase, pois no momento do crime*

> *havia no local uma criança de 07 anos, filho da vítima Jucileia, aumentado assim a gravidade da conduta. Fixo a PENA-BASE em 10 (dez) anos de reclusão."* (f. 587 e 588-589).(G.n.)

Verifica-se que o magistrado considerou desfavoráveis as circunstâncias do crime sob fundamentação idêntica para ambos os apelantes, os antecedentes apenas em desfavor de Matias e a personalidade em face de Luis Fernando.

Quanto aos antecedentes, foi desabonado ao réu Matias em virtude da condenação definitiva por posse de drogas para consumo, nos Autos nº 0000585-61.2018.8.12.0018.

É certo que, conforme recente entendimento jurisprudencial sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que a conduta tipificada no art. 28, da Lei nº 11.343/2006, não tenha sido descriminalizada, tal conduta é punida apenas com *"advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo",* de forma que, não é apta para gerar reincidência ou maus antecedentes.

Destaca-se que as condenações anteriores por contravenções penais não configuram a reincidência, pois o art. 63, do Código Penal, refere-se a crimes anteriores.

Nesse contexto, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não são aptos para gerar a reincidência, mostra-se desproporcional que o delito do art. 28, da Lei nº 11.343/2006, caracterize a agravante, porquanto não traz em seu bojo qualquer pena privativa de liberdade, e ainda prevê medidas mais brandas.

Diante disso, entende a Corte Superior que, sendo o antecedente criminal um instituto penal subsidiário ao da agravante da reincidência, anterior condenação pelo delito de posse ou porte de drogas não deve também ser utilizada para gerar antecedentes e consequentemente exasperar a pena-base.

Confira-se, sobre o tema, os recentes julgados de ambas as Turmas do STJ:

> *"3. Segundo recente entendimento deste Tribunal Superior, as* ***condenações anteriores pelo delito de posse de droga para uso próprio não servem para configurar reincidência ou antecedentes criminais.*** *Sendo este o único argumento utilizado para agravar a situação do paciente, impõe-se a readequação da sanção inicial ao mínimo legal e o reconhecimento do tráfico privilegiado. (...). (AgRg no HC 539.720/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/02/2020, DJe 02/03/2020) (G.n.)*

> *(...) ademais, a atual jurisprudência deste Tribunal Superior está firmada no sentido de que,* ***se contravenções penais, puníveis com prisão simples, não têm o condão de gerar reincidência, também o crime de posse de drogas para consumo próprio, punível com medidas muito mais brandas, não deve gerar tal efeito. Nesse passo, se a condenação não se presta para configurar reincidência, também não pode, pelo mesmo raciocínio, configurar antecedente criminal desfavorável.*** *5. Dessa forma, adequado o decote da avaliação negativa dos antecedentes, em razão das peculiaridades do caso concreto, especialmente o lapso temporal transcorrido entre o cometimento dos crimes e a data da prática do delito de tráfico de drogas em comento. 6. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no *HC* 520.646/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 8/10/2019, DJe 21/10/2019, grifou-se);

Desta feita, deve ser expurgado os maus antecedentes, pois anterior condenação por porte ou posse de drogas para consumo previsto no art. 28, da Lei nº 11.343/2006, com trânsito em julgado, não configura tal moduladora.

Em relação à personalidade, foi valorada em desfavor de Luis Fernando, por ser *"voltada para a prática de delitos, anotando condenação definitiva anterior nos Autos n. 0001082-75.2018.8.12.0018."*

Sem coerência à toda evidência.

Não se olvida o entendimento consolidado do STJ de aptidão do juiz para realizar valoração de personalidade (REsp 1301226), todavia, no caso, a análise realizada na sentença não parte de elementos relacionados ao perfil psicológico do réu, mas de pressupostos que mais se alinham aos antecedentes, devendo ser afastada sua valoração negativa.

Ademais, os fatos tratados naqueles autos, são posteriores aos presente.

No tocante às circunstâncias do crime, valoradas sob o fundamento de que *"no momento do crime havia no local uma criança de 07 anos, filho da vítima Jucileia, aumentado assim a gravidade da conduta"*, para ambos os recorrentes, deve ser mantido, porquanto realmente é acentuada a gravidade da conduta dos agentes que cometeram o crime de tentativa de homicídio qualificado privilegiado em meio a uma festa de família e amigos, com diversas pessoas, estando presente no local uma criança de apenas sete anos.

Logo, diante do afastamento dos vetores dos antecedentes e da personalidade (mantida desfavorável as circunstâncias do crime), reduzo as penas-bases dos apelantes.

Entretanto, em relação ao réu Matias, deixo de reduzir a pena-base basilar proporcionalmente ao *quantum* fixado na sentença, pois entendo que o patamar de aumento em 02 anos e 03 meses de reclusão atende os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista estar evidenciado o alto grau de reprovação da conduta dos acusados, de forma a efetivar a devida resposta penal ao caso concreto.

Ademais, o e. STJ traçou um critério objetivo que pode servir de parâmetro para o julgador na primeira fase da dosimetria penal, que consiste em atribuir 1/8 (um oitavo) de aumento para cada moduladora negativa, o qual deverá incidir sobre intervalo da pena previsto no preceito secundário do tipo penal (cf.: *HC* 401.139/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017; *HC* 306.407/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/09/2017, DJe 21/09/2017; *HC* 296.562/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 22/08/2017, DJe 04/09/2017; *HC* 378.982/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 08/08/2017, DJe 18/08/2017).

Apesar de não se tratar de uma fórmula absoluta, a jurisprudência tem considerado que tal fração atende ao princípio da proporcionalidade, que deve nortear a individualização da pena.

Portanto, fixo a pena-base do recorrente Matias em 14 anos e 03 meses de reclusão, pois de acordo com o atual entendimento firmado no STJ.

Em relação ao apelante Luis Fernando, igualmente em atenção à fração de 1/8, estabeleço a pena-base em 07 anos e 09 meses de reclusão.

A nova dosimetria será feita ao final.

Atenuante prevista do art. 65, inciso III, alínea "c", do Código Penal (violenta emoção)

Incabível o reconhecimento da referida atenuante, evitando, assim, a dupla valoração pelo mesmo fundamento, eis que fora reconhecido a favor do apelante o privilégio do art. 121, § 1º, do CP (violenta emoção).

Logo, não é possível levar em consideração duas vezes uma só circunstância, em face do princípio do *non bis in idem*.

Patamar de redução da minorante da tentativa, prevista no art. 14, II, do CP.

Na terceira fase da dosimetria do recorrente, reconhecida a causa de diminuição referente à tentativa, a pena foi reduzida em seu grau mínimo (1/3) em relação à vítima Fabrício.

Assim, pugnam a majoração da fração de redução da pena em seu grau máximo (2/3).

No caso da tentativa, situação em que o crime não foi consumado por circunstâncias alheias à vontade do agente, a infração penal deve ser quantificada mediante aplicação de causa geral de diminuição de pena, que pode variar de um a dois terços.

Para estabelecer a fração de redução é preciso que seja adotado um critério relacionado à maior ou menor proximidade da consumação, ou seja, é necessário observar a distância percorrida do *iter criminis*. Assim, quanto maior a proximidade entre o fato e o resultado, menor deverá ser o patamar de redução de pena a ser aplicado.

No caso dos autos, embora não tenha existido risco de morte, conforme verifica-se no laudo de exame de corpo de delito (f. 414-417), observa-se do conjunto probatório que foram vários disparos efetuados contra a vítima, sendo que apenas um atingiu-a, em região importante na coluna vertebral lombar, sendo necessária intervenção cirúrgica para retirada do projétil, causando-lhe lesão corporal de natureza leve.

Portanto, verifico que foi longo o *iter criminis* percorrido, já que a execução do crime não permaneceu em seu início nem se aproximou sobremaneira da consumação, de forma que a reforma da fração de redução estabelecida na sentença é medida que se impõe, todavia, não em seu grau máximo como requer a defesa, mas no patamar intermediário (1/2).

Patamar da causa especial de diminuição prevista no art. 121, § 1º, do CP

A defesa pugna pela redução do privilégio em seu patamar máximo.

Sem razão.

O Conselho de Sentença reconheceu o privilégio por entender que o réu cometeu o crime sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, tendo o MM. Juiz *a quo* estabelecido a fração mínima de 1/6 (um sexto), para a causa especial de redução, em razão da desproporção entre a provocação da vítima e a reação do réu, o qual entendo adequada à luz do caso concreto.

Para a aplicação da minorante especial de pena decorrente do homicídio privilegiado, é permitido ao magistrado avaliar com discricionariedade o patamar a ser aplicado, desde que observado o princípio do livre convencimento motivado.

Nesse sentido, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, entendendo que *"uma vez reconhecido o privilégio pelo Tribunal do Júri, compete ao Juiz Presidente, dentro do seu livre convencimento, aplicar, fundamentadamente, a redução que pode variar conforme a relevância do motivo de valor moral ou social, ou a intensidade da emoção do réu, bem como o grau de provocação da vítima*[2]*."*

A esse respeito, ensina Guilherme de Souza Nucci[3]:

> *"(...) sendo o homicídio um delito julgado pelo Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, d, CF),* ***é natural supor que o reconhecimento privilégio, que integra o tipo do homicídio, tenha sido acolhido pelos jurados, dentro da sua soberania*** *(art. 5º, XXXVIII, c, CF),* ***de modo que é obrigação do juiz aplicar a redução****. O que fica a critério do magistrado é o montante a ser reduzido e, nesse prisma, pode ele valer-se do livre convencimento. Conforme a relevância do motivo - maior ou menor - ou de acordo com a espécie da emoção (amor exagerado ou desejo de vingança), bem como o tipo de injustiça da provocação da vítima (completamente fútil ou motivada por anteriores agressões sofridas), deve o juiz graduar a diminuição."*

Confira-se como se deu a dinâmica dos fatos:

> *"No dia dos fatos, as vítimas participavam de uma confraternização que acontecia na calçada da casa de Rocielma dos Santos, na companhia de outras pessoas, inclusive com crianças no local. Em determinado momento, uma motocicleta com duas pessoas passou*

2 2 *HC* 73219/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 14/08/2007, DJ 10/09/2007, p. 267

3 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006. p. 530.

> *lentamente pelo local, seguindo até o final do quarteirão, sendo que o condutor da motocicleta, o denunciado Luis Fernando Rodrigues da Silva, vulgo 'Oreia', virou e retornou até a frente da residência, oportunidade que denunciado Matias, que estava na garupa da motocicleta, desceu, sacou a arma de fogo que portava e passou a efetuar disparos na direção da vítima Fabrício, com a inequívoca intenção de mata-lo. Ao efetuar os disparos, Matias conseguiu atingir Fabrício, sendo esta a vítima desejada, causando ferimento na região lombar, entretanto, outro disparo, por erro na execução do delito, acabou atingindo a vítima Jucileia, resultando ferimento superficial na região orbital. Após efetuar os disparos, o denunciado Matias foi atingido por um violão, arremessado por David Calacio da Silva, que encontrava-se no local animando a confraternização. Nesta oportunidade, ao ser atingido pelo violão, o denunciado parou de efetuar disparos e correu na direção de Luis Fernando, que o esperava na motocicleta pouco mais a frente, na rua do local dos fatos. Após empreenderem fuga, ambos denunciados rumaram para a zona rural desta cidade, permanecendo por cerca de dois dias escondidos. Importante consignar que, o denunciado Luis Fernando tinha pleno conhecimento de toda a situação, de modo que conduziu o denunciado Matias até o local dos fatos e após a execução dos disparos, forneceu o suporte necessário para fuga, eis que o aguardava em local próximo."* (f. 02-03)

Ainda que o ofendido eventualmente possa ter iniciado as provocações verbais ao réu, como aduz a defesa, o que não restou amplamente delineado nos autos, mas será mantido o privilégio em atenção à soberania dos vereditos, não se pode negar o acentuado grau de reprovabilidade da conduta do apelante, que foi preponderante para a prática do delito.

Extrai-se do conjunto probatório que a ação criminosa não foi praticada logo após injusta provocação da vítima. Como asseverou o próprio acusado em plenário, horas após o acusado supostamente ter lhe provocado, saiu de casa armado, e por coincidência encontrou-o, quando passou de moto em frente à residência onde o ofendido estava.

Assim, depreende das provas dos autos que no referido local havia uma festa entre familiares e amigos, com várias pessoas e, de forma inesperada, o réu Matias efetuou os disparos de arma de fogo contra Fabrício, atingindo-o, alvejando também a vítima Jucileia, por erro na execução, sendo que os delitos não se consumaram por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Feitas tais considerações, a incidência do privilégio na fração mínima de 1/6 (um sexto) está plenamente justificada nos autos.

Patamar da participação de menor importância - apelante Luís Fernando

O recorrente requer a fixação da minorante da participação de menor importância em patamar superior a 1/6 (um sexto).

De acordo com o critério eleito pelo legislador, quanto maior a ingerência da participação no resultado produzido pela conduta delitiva, menor o patamar de diminuição. Nesse sentido, ensina Cleber Masson[4]:

> *"Participação de menor importância, ou mínima, é a de reduzida eficiência causal. Contribui para a produção do resultado, mas de forma menos decisiva, razão pela qual deve ser aferida exclusivamente no caso concreto. Nessa linha de raciocínio, o melhor critério para constatar a participação de menor importância é, uma vez mais, o da equivalência dos antecedentes ou conditio sine que non."*

No caso, embora Luis Fernando não tenha praticado o núcleo do tipo, sua conduta teve eficácia causal para a consecução do crime, pois era o condutor da motocicleta em que o acusado Matias estava e, após este descer e efetuar os disparos, garantiu a fuga, consoante fundamentou o magistrado singular.

Sendo assim, revela-se acertada a fixação da causa de diminuição em 1/6 (um sexto) da pena.

4 MASSON, Cleber. **Código penal comentado**. São Paulo: Método, 2014.

Readequação das penas

Réu Matias Batista Marques

Crime em face da vítima Fabrício

Na primeira fase, expurgada a moduladora dos antecedentes e mantida as circunstâncias do crime, fixo a pena-base em 14 anos de reclusão e 03 meses de reclusão.

Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes.

Na terceira fase, considerando a incidência da causa de diminuição descrita no art. 121, § 1º, do CP, na fração de 1/6, reduzo a pena para 11 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão.

Existente ainda a minorante da tentativa, no patamar de 1/2, pelo fundamento exposto no teor do voto, razão pela qual fica a reprimenda em 05 anos, 11 meses e 08 dias de reclusão.

Concurso formal

Cumpre salientar que, é cediço que em se tratando de concurso formal de crimes, a pena dever ser fixada distintamente para cada uma das infrações, apenas se realizando o aumento previsto pelo art. 70, do CP, após a devida individualização de cada crime, porquanto somente assim é possível verificar a ocorrência de eventual prescrição da pretensão punitiva estatal ou o exame da aplicação da melhor regra no que tange ao concurso formal.

Nada obstante a melhor técnica, o e. julgador monocrático deixou de proceder ao réu Matias a dosimetria relativa ao delito de tentativa de homicídio qualificado privilegiado, quanto à vítima Jucileia, atingida por erro na execução, limitando-se a fixar a pena do crime de tentativa de homicídio qualificado privilegiado em relação a vítima Fabrício, aumentado-a, por derradeiro, no patamar de 1/6 em razão do concurso formal, conforme segue:

> *"(...)*
>
> *Aplicação da pena para o réu Matias Batista Marques:* ***O Conselho de Sentença reconheceu que o crime de homicídio na forma tentada praticado contra a vítima Jucileia da Silva Silveira decorreu de erro na execução. Nesse passo, conforme preceitua o art. 73 do CP, será aplicada a regra do concurso formal de crimes, prevista no art. 70, caput, primeira parte, do CP. Em razão disso, a pena será aplicada apenas com relação ao delito de homicídio qualificado na forma tentada praticado em face da vítima Fabrício Aparecido Machado, fazendo incidir a causa geral de aumento do concurso forma de crimes na terceira fase da dosimetria.*** *Na primeira fase, não há nada a considerar quanto à culpabilidade, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos e consequências do delito, assim como com relação ao comportamento da vítima. De outro vértice, anoto que o réu possui maus antecedentes, anotando condenação definitiva anterior nos Autos n. 0000585-61.2018.8.12.0018; além disso, as circunstâncias do delito devem ser sopesadas nesta fase, pois no momento do crime havia no local uma criança de 07 anos, filho da vítima Jucileia, aumentado assim a gravidade da conduta. Saliento que os motivos e demais circunstâncias peculiares do crime em análise são objeto da qualificadora. Fixo a pena-base em 14 (quatorze) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Na segunda fase, não há agravantes ou atenuantes a serem consideradas, de modo que a pena intermediária fica sem alteração. Na terceira fase, está presente a causa especial de diminuição prevista no art. 121, § 1º, do CP, devendo incidir no mínimo de 1/6, haja vista a desproporção entre a provocação da vítima e a reação do réu. Assim, a pena deve ficar em 12 (doze) anos e 01 (um) mês de reclusão. Também se verifica na espécie a causa geral de diminuição de pena da tentativa (art. 14, parágrafo único, do CP), a qual aplico no mínimo de 1/3 em razão das circunstâncias pessoais do agente e da efetiva aproximação da consumação do delito, pois a vítima foi atingida por um disparo de arma de fogo. Assim, a pena fica em 08 (oito) anos e 20 (vinte) dias de reclusão. Por fim,*

reconhecida a incidência da causa geral de aumento de pena relativa ao concurso formal de crimes (art. 70, caput, primeira parte, do CP), deve a pena ser exasperada em 1/6, tomando-se como parâmetro a quantidade de infrações praticadas, sendo, no caso, dois crimes de homicídio qualificados na forma tentada. Por isso, a pena definitiva fica em 09 (nove) anos, 04 (quatro) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão. Fixo regime inicial fechado, em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis e da pena aplicada. Indefiro ao réu o direito de recorrer em liberdade, sobretudo pelo fato de que se encontra preso atualmente. Expeça-se Guia de Recolhimento Provisória. Não é possível a substituição por pena alternativa em razão da natureza do delito. A detração penal deverá ser observada na expedição da guia de recolhimento. (...).” (G.n.)

Assim, consoante já me posicionei no julgamento da Apelação Criminal nº 0004128-63.2018.8.12.0021 em 30/05/2019, nesta 2ª Câmara Criminal, em observância ao princípio da individualização da pena, bem como para atenuar eventual formalismo exacerbado e evitar prejuízo ao réu, tenho como viável proceder com a readequação da pena nesta instância, explicitando a quantificação da reprimenda referente ao crime de tentativa de homicídio qualificado privilegiado, em relação à vítima Jucileia, na exata tipificação reconhecida pelo Conselho de Sentença às f. 579-580, qual seja: art. 121, § 1º e § 2º, inciso IV, c/c o art. 14, inciso II, do CP, c/c o art. 73, c/c o art. 70, *caput* (primeira parte), todos do CP.

Sabidamente, se, por erro na execução, o agente atinge também pessoa diversa da que pretendia, responde como se tivesse praticado o crime contra a vítima almejada, nos termos do art. 73, do CP, devendo ser aplicado o concurso formal de infrações.

Nessa toada, à minorante da tentativa, tenho por bem estabelecer o *quantum* de ½ (metade), pois nos mesmos moldes do fundamento exposto no tópico da redução pela tentativa em relação à vítima Fabrício, o acusado também percorreu longo *iter criminis*, sendo que a execução do crime não permaneceu em seu início nem se aproximou sobremaneira da consumação, já que, embora não tenha existido risco de morte, conforme verifica-se no laudo de exame de corpo de delito (f. 388-390), o bojo probatório evidencia que foram vários disparos efetuados, sendo que apenas um atingiu a vítima Jucileia, por erro na execução, em região importante, *“de raspão no supercílio esquerdo”,* sendo necessária a realização de nove pontos, bem como resultou incapacidade para ocupações habituais por mais de 30 dias, tendo a perícia concluído pela ocorrência de lesão corporal de natureza grave.

Quanto aos demais impactos na dosimetria da pena, devem ser dispostos nos mesmos termos e patamares estabelecidos na fixação da pena ao crime cometido contra a vítima Fabrício, haja vista a similitude dos fatos e a tipificação penal idêntica das condutas reconhecida pelo Conselho de Sentença.

Logo, sem mais delongas e nessa linha, passo à fixação da pena ao delito de tentativa de homicídio qualificado privilegiado, por erro na execução, quanto à vítima Jucileia.

Na primeira fase, em atenção aos critérios do art. 59, do Código Penal, a culpabilidade não excede a normalidade; os antecedentes não podem ser tidos por desabonadores, pois anterior condenação por porte ou posse de drogas para consumo previsto no art. 28, da Lei nº 11.343/2006, com trânsito em julgado, não é apta a configurar tal moduladora; a conduta social e a personalidade não são desfavoráveis, haja vista a ausência de elementos hábeis nos autos; os motivos do crime não desbordam da normalidade; as circunstâncias do crime operam em demérito, pois acentuada a gravidade da conduta dos agentes que cometeram o crime de tentativa de homicídio qualificado privilegiado em meio a uma festa de família e amigos, com diversas pessoas, estando presente no local uma criança de apenas sete anos; as consequências do crime não foram graves e confundem-se com aspectos inerentes ao tipo, e; o comportamento da vítima em nada influenciou na prática do delito. Posto isso, presente uma moduladora judicial desfavorável – as circunstâncias do crime, fixo a pena-base em 14 anos de reclusão e 03 meses de reclusão.

Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes.

Na terceira fase, considerando a incidência da causa de diminuição descrita no art. 121, § 1º, do CP, na fração de 1/6, reduzo a pena para 11 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão.

Existente ainda a minorante da tentativa, no patamar de 1/2, pelo fundamento exposto no teor do voto, fica a reprimenda em 05 anos, 11 meses e 08 dias de reclusão.

Por fim, aplicando-se o concurso formal de infrações (art. 70, do CP), e sendo idênticas as penas, com o acréscimo de 1/6 sobre uma delas, a reprimenda definitiva quedou-se em 06 anos, 11 meses e 04 dias de reclusão, ante a ausência de outros elementos modificadores.

Por conseguinte, em observância aos artigos 33, § 2º, "c", § 3º, e 59, ambos do Código Penal, embora primário, considerando o apenamento superior à 04 anos, somado à presença de circunstância judicial desfavorável, mantenho o regime de cumprimento da reprimenda no fechado, por ser o mais adequado a devida resposta penal à conduta pratica.

Incabível a substituição da pena por restritivas de direitos, por se tratar de delito praticado com violência à pessoa, nos termos do art. 44, do Código Penal.

Réu Luis Fernando Rodrigues da Silva

Na primeira fase, afastada a moduladora da personalidade e preservada a negatividade das circunstâncias do crime, resta a pena-base em 07 anos e 09 meses de reclusão.

Na segunda fase, ausente agravante. Incide a atenuante da confissão espontânea reconhecida na sentença, motivo pelo qual reduzo a pena em 1/6, resultando em 06 anos, 05 meses e 15 dias de reclusão.

Diante disso, fica prejudicado o pedido da redução da pena em patamar aquém do mínimo legal, o qual, por sua vez, não seria passível de acolhimento, haja vista meu entendimento de aplicação da Súmula 231, do STJ, *in verbis*: *"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."*

Na terceira fase, considerando a causa de diminuição pela tentativa, na fração de 1/2, pelos fundamentos já exposto, fica a pena em 03 anos, 02 meses e 23 dias-multa.

Diante causa de diminuição de participação de menor importância, a qual incide na fração de 1/6, fica a pena definitiva em 02 anos, 08 meses e 10 dias de reclusão, ante a ausência de outros elementos modificadores.

Por conseguinte, em observância aos artigos 33, § 2º, "b", § 3º, e 59, ambos do Código Penal, considerando o apenamento inferior à 04 anos, aliado à primariedade, bem como diante da presença de circunstância judicial desfavorável, altero o regime de cumprimento da reprimenda para o semiaberto.

Incabível a substituição da pena por restritivas de direitos, por se tratar de delito praticado com violência à pessoa, nos termos do art. 44, do Código Penal.

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.

Em parte com o parecer, dou parcial provimento aos recursos, para reduzir as penas-bases, diante do afastamento das moduladoras dos antecedentes e da personalidade, bem como reformar o patamar da diminuição pela tentativa para 1/2 (metade) e alterar o regime para o semiaberto apenas ao apelante Luis Fernando. De ofício, fixação da pena em relação ao crime praticado contra a vítima alvejada por erro na execução.

Fica o apelante Matias Batista Marques condenado à pena definitiva de 06 anos, 11 meses e 04 dias de reclusão, no regime inicial fechado e Luis Fernando Rodrigues da Silva à reprimenda definitiva de 02 anos, 08 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence (Revisor)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques (Vogal)

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto por Luis Fernando Rodrigues da Silva e Matias Batista Marques contra a sentença do Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Paranaíba/MS, que após decisão do Conselho de Sentença, condenou condenou Luis Fernando Rodrigues da Silva à pena de 04 anos, 07 meses e 16 dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de homicídio simples tentado, previsto no art. 121, *caput*, c/c o art. 14, inciso II, e art. 29, § 1º, ambos do CP e Matias Batista Marques à pena de 09 anos, 04 meses e 23 dias de reclusão, no regime inicial fechado, pela prática do crime de homicídio qualificado privilegiado tentado, previsto no art. 121, § 1º e § 2º, inciso IV, c/c o art. 14, inciso II, ambos do CP, e art. 121, § 1º e § 2º, inciso IV, c/c o art. 14, inciso II, do CP, c/c o art. 73, c/c o art. 70, *caput* (primeira parte), todos do CP,

Em suas razões recursais, Matias requer a anulação da decisão contrária às provas dos autos e o afastamento da qualificadora do recurso que dificultou/impossibilitou a defesa da vítima, prevista no art. 121, § 2º, IV, do CP.

Alternativamente, requer a redução da pena-base; o reconhecimento da atenuante prevista do art. 65, inciso III, alínea "c", do Código Penal e a aplicação do patamar máximo às causas de diminuição de pena pela tentativa e do homicídio privilegiado, com a alteração do regime prisional.

Luis Fernando, por sua vez, requer a redução da pena-base e, em consequência, a redução da intermediária a patamar aquém do mínimo legal, em razão da atenuante da menoridade relativa, a aplicação do patamar máximo às causas de diminuição de pena pela tentativa e pela participação de menor importância, com a alteração do regime prisional.

O Relator, Juiz Substituto de 2º grau, Juiz Waldir, deu parcial provimento aos recursos para reduzir as penas-bases, aplicar em 1/2 (metade) o patamar da causa de diminuição relativa à tentativa e alterar o regime prisonal de Luis Fernando para o semiaberto, redimensionando a pena de Matias Batista Marques em 06 anos, 11 meses e 04 dias de reclusão, mantido o regime fechado e Luis Fernando Rodrigues da Silva em 02 anos, 08 meses e 10 dias de reclusão, com a alteração para o regime para o semiaberto.

De ofício, fixou a pena em relação ao crime praticado contra a vítima por erro na execução, com correção da pena, para que não haja ofensa ao princípio da individualização da pena.

Respeitosamente, divirjo em parte do Relator para manter o patamar aplicado na sentença pelo crime tentado e, o acompanho, com ressalvas, quanto a redução da pena-base em razão do afastamento dos antecedentes criminais do réu Matias.

O Relator reduziu a pena-base do apelante Matias, em razão do afastamento da valoração desfavorável dos antecedentes criminais, fundamentando que, *in verbis*:

> *"É certo que, conforme recente entendimento jurisprudencial sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que a conduta tipificada no art. 28, da Lei nº 11.343/2006, não tenha sido descriminalizada, tal conduta é punida apenas com 'advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo', de forma que, não é apta para gerar reincidência ou maus antecedentes."*

Destaca-se que as condenações anteriores por contravenções penais não configuram a reincidência, pois o art. 63, do Código Penal, refere-se a crimes anteriores.

Nesse contexto, se as contravenções penais, puníveis com pena de prisão simples, não são aptos para gerar a reincidência, mostra-se desproporcional que o delito do art. 28, da Lei nº 11.343/2006, caracterize a agravante, porquanto não traz em seu bojo qualquer pena privativa de liberdade, e ainda prevê medidas mais brandas.

Diante disso, entende a Corte Superior que, sendo o antecedente criminal um instituto penal subsidiário ao da agravante da reincidência, anterior condenação pelo delito de posse ou porte de drogas não deve também ser utilizada para gerar antecedentes e consequentemente exasperar a pena-base.

Confira-se, sobre o tema, os recentes julgados de ambas as Turmas do STJ:

> *"3. Segundo recente entendimento deste Tribunal Superior, as* ***condenações anteriores pelo delito de posse de droga para uso próprio não servem para configurar reincidência ou antecedentes criminais.*** *Sendo este o único argumento utilizado para agravar a situação do paciente, impõe-se a readequação da sanção inicial ao mínimo legal e o reconhecimento do tráfico privilegiado. (...). (AgRg no HC 539.720/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/02/2020, DJe 02/03/2020).*
>
> *(...) ademais, a atual jurisprudência deste Tribunal Superior está firmada no sentido de que,* ***se contravenções penais, puníveis com prisão simples, não têm o condão de gerar reincidência, também o crime de posse de drogas para consumo próprio, punível com medidas muito mais brandas, não deve gerar tal efeito. Nesse passo, se a condenação não se presta para configurar reincidência, também não pode, pelo mesmo raciocínio, configurar antecedente criminal desfavorável.*** *5. Dessa forma, adequado o decote da avaliação negativa dos antecedentes, em razão das peculiaridades do caso concreto, especialmente o lapso temporal transcorrido entre o cometimento dos crimes e a data da prática do delito de tráfico de drogas em comento. 6. Agravo regimental desprovido."* (AgRg no *HC* 520.646/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 8/10/2019, DJe 21/10/2019, grifou-se);

Desta feita, deve ser expurgado os maus antecedentes, pois anterior condenação por porte ou posse de drogas para consumo previsto no art. 28, da Lei nº 11.343/2006, com trânsito em julgado, não configura tal moduladora.

Com a ressalva do meu posicionamento pessoal, desde logo, acompanho o Relator, nessa parte, com as considerações abaixo:

Na esteira do entendimento do STF, a meu ver o art. 28, da Lei 11.343/2006, define uma conduta criminosa, mesmo sem prever a pena privativa de liberdade. (STF, RE 430105)

Com efeito, as recentes decisões do STJ, decorrente de precedentes das Turmas da Terceira Seção (*HC* n. 469.705/MS, *HC* 550775/SP, *HC* 52.446/SP), vem entendendo que a condenação pelo crime de posse/porte de drogas para consumo previsto no art. 28, da Lei 11.343/2006, não gera reincidência, em comparativo com as contravenções penais.

Em processos anteriores com discussão dessa natureza**,** considerando que a recente decisão do STJ era decorrente de precedentes de ambas as Turmas da Terceira Seção (*HC* n. 469.705/MS, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 1º/2/2019), revi meu posicionamento, acompanhando voto no sentido de afastar a agravante da reincidência, em respeito ao princípio da colegialidade, de acordo com recente Jurisprudência do STJ.

No presente julgamento, nova questão é posta a debate.

Segundo a recente orientação do STJ "*se a condenação não se presta para configurar reincidência, também não pode,* ***pelo mesmo raciocínio, configurar antecedente criminal desfavorável.***" (AgRg no *HC* 539.720/SP e AgRg no *HC* 520.646/SP) (destaquei)

Nesse sentido, colaciono ainda a recente Jurisprudência do STJ, que utiliza como fundamento, inclusive, o debate da constitucionalidade do art. 28, da Lei de Drogas, no STF:

> *"PENAL – HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO – INADEQUAÇÃO – ARTIGO 273, § 1º E § 1º-B, I e V, DO CÓDIGO PENAL – DOSIMETRIA – PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – MAUS ANTECEDENTES – CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO ART. 28 DA LEI 11.343/2006 – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – DELITO SEM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE – INFRINGÊNCIA LEGAL QUE NÃO CONFIGURA REINCIDÊNCIA OU MAUS ANTECEDENTES – FLAGRANTE ILEGALIDADE EVIDENCIADA – WRIT NÃO CONHECIDO – ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*
>
> *(...)*
>
> *3.* ***É desproporcional o reconhecimento da agravante da reincidência decorrente de condenação anterior pelo delito do art. 28 da Lei 11.343/2006, uma vez que a infringência da referida norma legal não acarreta a aplicação de pena privativa de liberdade e sua constitucionalidade está sendo debatida no STF****. (destaquei)*
>
> *4. Com maior razão, por ser o antecedente um instituto penal subsidiário ao da agravante da reincidência, é incabível, também, a utilização de condenação anterior pelo delito de posse de drogas a título de maus antecedentes, para aumentar a pena-base. Precedentes.*
>
> *5. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda imposta ao paciente para 5 anos e 10 meses de reclusão, mantida, no mais, a sentença condenatória."* (*HC* 550775/SP, Dje 12/02/2020). (G.n.)

Desse modo, em atenção a mesma linha de raciocínio utilizada para afastar a agravante da reincidência, considerando que as recentes decisões do STJ são para o afastamento não só da reincidência, mas também dos antecedentes criminais e que são decorrentes de precedentes de ambas as Turmas da Terceira Seção (AgRg no *HC* 539.720/SP, AgRg no *HC* 520.646/SP, (*HC* 550775/SP, Dje 12/02/2020, com as ressalvas de posicionamento, em respeito ao princípio da colegialidade, com as considerações acima, acompanho o Relator no entendimento de que o art. 28, da Lei 11.343/2006, não é apto também a gerar antecedentes criminais.

Por isso, deve ser reduzida a pena-base de Matias.

Quanto ao patamar a ser aplicado pelo crime tentado, deve ser levado em consideração apenas e tão somente o *iter criminis* percorrido, ou seja, maior será a diminuição quando mais distante ficar o agente da consumação, bem como menor será a diminuição quando mais se aproximar o agente da consumação do delito.

No caso, o perigo que o bem jurídico sofreu está explícito Consta dos autos que a vítima teve que se submeter a intervenção cirúrgica, com risco de morte e incapacidade para ocupação habitual por mais de trinta dias, conforme laudo pericial de f. 388-390.

Desse modo, diante das circunstâncias fático probatórias já observadas no processo, não se tem como aplicar o patamar máximo da diminuição porque o apelante se aproximou da consumação do delito, pelo que o patamar aplicado pela sentença no mínimo legal é mais adequado à reprovação do crime praticado.

Da pena de Matias:

Na 1ª fase, fica a pena-base em 14 anos e 03 meses de reclusão.

Na 2ª fase, ausentes atenuantes e agravantes.

Por fim, na 3ª fase, considerando a incidência da causa de diminuição descrita no art. 121, § 1º, do CP, na fração de 1/6, reduzo a pena para 11 anos, 10 meses e 15 dias de reclusão.

Existente ainda a minorante da tentativa, mantido o patamar aplicado na sentença em 1/3, diante da presente divergência, fica a pena em 07 (sete) anos e 11 (onze) meses de reclusão.

Na forma do art. 70, do CP, a pena deve ser acrescida de 1/6, resultando em 09 anos, 02 meses e 25 dias de reclusão, ficando mantido o regime fechado, em observância ao art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Da pena de Luis Fernando:

Na 1ª fase, com o voto do relator, fica a pena-base em 07 anos e 09 meses de reclusão.

Na 2ª fase, com o voto do relator, ausente agravante. Incide a atenuante da confissão espontânea reconhecida na sentença, com redução da pena em 1/6, resultando em 06 anos, 05 meses e 15 dias de reclusão.

Por fim, na 3ª fase, considerando a incidência da causa de diminuição pela tentativa, mantido o patamar aplicado pela sentença em 1/3, fica a pena em 04 anos, 03 meses e 17 dias de reclusão.

Diante causa de diminuição de participação de menor importância, a qual incide na fração de 1/6, fica a pena definitiva em 03 anos, 06 meses e 29 dias.

Em observância ao art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, acompanho o relator na alteração do regime prisional do apelante Luis Fernando para o semiaberto.

Por oportuno, tenho que as penas e regimes aplicados são adequados à reprovação pelo crime praticado.

Diante do exposto, divirjo em parte do Relator, para dar parcial provimento aos recursos em menor extensão, para o fim de reduzir as penas-bases dos apelantes e alterar o regime prisional de Luis Fernando para o semiaberto.

Quanto a questão de ofício, acompanho o Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, proveram parcialmente os recursos defensivos e de ofício retificaram a pena nos termos do voto do relator, vencido o vogal. Decisão em parte com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Juiz Waldir Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Juiz Waldir Marques, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 9 de junho de 2020.

***

Noticiário



Juiz de MS fala sobre monitoramento eletrônico por videoconferência - 02/04/2020



Além de atender a demanda da 1ª Vara de Execução Penal (VEP) da Capital, por teletrabalho, essa semana o juiz Mário José Esbalqueiro Jr. fez uma palestra durante a 1ª Videoconferência (2020) sobre Monitoração Eletrônica e Alternativas Penais com Gestores de todo Brasil.

Durante o evento, organizado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça, os participantes discutiram experiências sobre monitoração eletrônica, segundo o juiz, para levar a experiência de como foi a implantação no Judiciário e no sistema penitenciário de MS, levando conhecimento prático para outros estados que implantaram o sistema posteriormente ou que ainda não tem o mesmo know-how dos magistrados sul-mato-grossenses.

"Participaram pessoas ligadas à monitoração do país todo e tanto o representante do Depen quanto os colegas juízes destacaram a proximidade entre a central de monitoramento e o Judiciário de MS, seja com a 1ª VEP, com a Vara de Execução Penal do Interior (Vepin) ou com a Coordenadoria que trata da violência doméstica", explicou Esbalqueiro.

O juiz destacou ainda que o diretor da Central de Monitoramento também fez uma palestra e frisou que muito do avanço em Mato Grosso do Sul se deve à troca de experiências.

"São muito importantes as informações técnicas da monitoração que nos passam e as informações legais que compartilhamos com eles para que o sistema funcione e, com isso, quem ganha no final é a população, porque melhora a qualidade do serviço como um todo", concluiu.

Pauta nacional – O monitoramento eletrônico está em destaque da pauta nacional desde que o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 62, recomendando aos tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus (Covid-19) nos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

Desde então, juízes de Mato Grosso do Sul seguem, além da recomendação, a Portaria nº 1.726 do TJMS, que estabelece medidas de prevenção para conter a propagação da pandemia gerada pelo coronavírus.

Esbalqueiro Jr., que é corregedor dos presídios de Campo Grande, esclareceu que na Capital foram liberados pouco mais de 100 presos do regime fechado, com monitoramento. No interior, a quantidade de presos que deixaram os estabelecimentos penais de regime fechado também é pequena.

"A maioria das pessoas que ficarão em prisão domiciliar temporária são as que estavam nos regimes semiaberto e aberto, o que significa que já estavam nas ruas, seja para trabalhar, seja para estudar. Nos casos de prisão domiciliar para o semiaberto e aberto, não houve determinação de monitoração eletrônica para que haja maior disponibilidade de tornozeleiras para os casos do regime fechado", relatou.

Importante lembrar que a liberação de presos ficou restrita a detentos do regime fechado, que já estavam com doenças pulmonares ou que resultam em deficiência de imunidade, principalmente tuberculose e HIV.

Na Capital, a medida abrangeu homens e mulheres recolhidos no Presídio de Trânsito (PTran), no Centro de Triagem, no Instituto Penal de Campo Grande (IPGC) e no presídio feminino Irma Zorzi, que passam a ser monitorados com tornozeleiras. Foram excluídos das medidas presos condenados por crimes de maior violência como homicídio, latrocínio (roubo seguido de morte), estupro e presos com penas elevadas, mais de 15 anos, por tráfico de entorpecentes e roubo, por exemplo.

"Pensamos em atender ao CNJ, que defende evitar um surto dentro dos presídios com detentos que já têm saúde debilitada, além de evitar riscos desnecessários para os agentes penitenciários, PMs que levam os presos para atendimento médico, enfim, pessoas que, se forem infectadas em razão do trabalho que fazem, acabariam internadas e isso resultaria em superlotação no sistema de saúde, interferindo no atendimento à população", concluiu.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

CPE amplia atuação e abrangerá juizados de comarcas do interior - 14/04/2020.



A partir desta segunda-feira (13), a Central de Processamento Eletrônico (CPE) assume os processos referentes aos juizados especiais nas comarcas de Nova Alvorada do Sul, Rio Brilhante, Maracaju e Bonito. Gradativamente serão alcançadas as comarcas de Ribas do Rio Pardo, Paranaíba, Aparecida do Taboado, Caarapó, Fátima do Sul, Glória de Dourados e Deodápolis.

No total, dessas comarcas serão integrados à CPE 31.466 processos nas áreas cível, criminal e fazenda pública dos juizados especiais. As comarcas de Sonora, Três Lagoas e Dourados estão na programação para essa assunção, mas a incorporação não será neste momento.

Na verdade, de acordo com o juiz Wilson Leite Corrêa, diretor da CPE, é um grande desafio, pois, mesmo durante o período de isolamento social, os trabalhos não pararam para que as comarcas já previstas fossem integradas pela equipe da CPE. "Estamos iniciando um processo de assunção que culminará com a inclusão de todos os processos dos juizados especiais, de todas as comarcas do Estado", disse o magistrado.

A CPE estabeleceu um cronograma de incorporação dos mais de 30 mil processos, mas em Dourados o trabalho seguirá um rito diferente porque foi autorizada a instalação de uma unidade da CPE – a segunda no interior do Estado. A primeira foi instalada em Corumbá.

Destaque-se que este projeto foi apresentado pelo Comitê Gestor da CPE, aprovado pela Corregedoria-Geral de Justiça e pela Presidência do TJMS, tendo a Presidência autorizado a nomeação de 12 servidores para viabilização do trabalho.

Outro desafio vencido foi a assunção da 3ª Vara Criminal de Campo Grande à CPE. A juíza Eucélia Cassal solicitou e o Comitê Gestor da CPE atendeu. Assim, verificadas as possibilidades técnicas, a migração dos processos foi efetivada no dia 30 de março, sendo assumidos 3.003 processos em diversas fases de tramitação.

Para o juiz diretor, além de ser um projeto pioneiro no Brasil, a CPE vai deixar um importante legado para o país. "Temos um grande desafio, com esses mais de 31 mil processos dos juizados especiais, mas nossa equipe está preparada. Nosso ritmo de trabalho não diminuiu com o isolamento social, ao contrário, nossos servidores querem também contribuir e têm se esforçado ainda mais para auxiliar no andamento processual da

justiça de MS", garantiu Wilson.

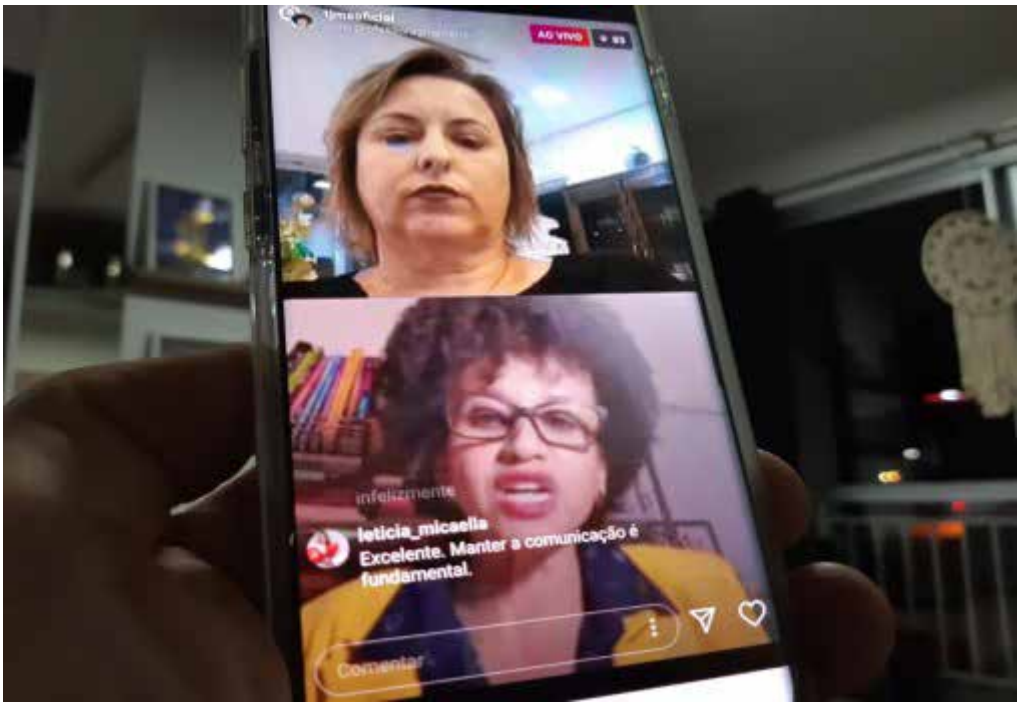
Saiba mais – Importante lembrar que a centralização do processamento permite a padronização do procedimento de trabalho, a uniformização de modelos, foco na execução de processos, especialização na execução dos trabalhos, segurança para o servidor, redução de custos para a administração, mas principalmente mais produtividade do servidor.

O processo eletrônico também permite a eliminação do tempo morto do processo, o paralelismo de fases, a automação de rotinas, a interoperabilidade, a reorganização de ambientes de trabalho, a padronização de atividades e procedimentos, e a reorganização judiciária: tudo para revolucionar e manter a posição de vanguarda do Poder Judiciário de MS na justiça brasileira.

E os resultados apareceram rapidamente, pois delegações de vários estados já visitaram as instalações da CPE no Centro Integrado de Justiça (Cijus) para conhecer essa proposta inovadora de trabalho e implantar nas mais diferentes unidades da federação.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Live no Instagram debate o papel da Escola na prevenção à violência contra a mulher - 17/04/2020



O Poder Judiciário de MS inaugurou, na noite desta quinta-feira (16), uma nova forma de comunicação com a população. Esta foi a primeira vez que o Judiciário de MS promoveu um debate em uma Live na rede social Instagram, como forma de disseminar conhecimento em tempos de pandemia da Covid-19. O tema, um dos mais relevantes da atualidade, foi "o Papel da Escola e das Redes de Proteção na prevenção à violência doméstica contra a mulher". Três especialistas trataram do assunto por uma hora, enriquecendo o debate da temática.

A Coordenadora da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar do TJMS, juíza Helena Alice Machado Coelho, destacou o ineditismo desta ação e agradeceu o apoio das Secretarias de Comunicação e de Tecnologia da Informação do TJMS, que proporcionaram os meios técnicos e comunicacionais para a realização deste evento digital.

Como debatedores que iniciaram esta nova forma de comunicação estavam a juíza Jacqueline Machado, da 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Campo Grande, Gina Vieira, professora da Secretaria de Educação do Distrito Federal e criadora do projeto "Mulheres Inspiradoras", e Mizael Almeida, professor da Educação Básica da Capital e mestrando em Educação pela UEMS.

A juíza Jacqueline Machado iniciou a Live dizendo que é muito bom saber que as pessoas estão abrindo os olhos para o problema da violência de gênero. A magistrada trabalha dentro da 1ª Casa da Mulher Brasileira instalada no país e, atualmente, é presidente do Fórum Nacional de Juízes e Juízas da Violência Doméstica e Familiar (Fonavid).

"As questões de gênero precisam ser entendidas como padrões culturais criados por uma dada sociedade. O que a família e a sociedade esperam de meninos e meninas. Sua forma de agir, expressar-se e se vestir. E quando falamos disto estamos debatendo o papel da mulher e dos homens nos estudos de gênero", disse Jacqueline Machado, ressaltando o papel da Escola neste momento de isolamento social devido à pandemia de coronavírus no mundo.

Professora no Distrito Federal, Gina Vieira trouxe ao debate a visão de dentro das escolas, como espaço de socialização e transmissão de saberes. Na visão de Gina, o Brasil é um país extremamente desigual. Neste

momento de pandemia, em que as crianças estão com os pais, os problemas sociais se acirram. “A escola devia ter contato com as famílias para saber qual a realidade, alimentação, bem-estar, saúde mental e segurança. Temos bons exemplos disto no DF, por exemplo, já que a Escola é o principal aparelho do Estado de contato com crianças e a mulher nas famílias”, disse.

Mas, na visão de Gina Vieira, esta ponte de comunicação não pode falhar neste momento de crise mundial. “Os sistemas de opressão continuam existindo durante a pandemia. As crianças, as mulheres, os idosos e os negros continuam sendo vítimas da visão hegemônica de classe”, explica.

Um ponto de destaque no debate desta Live no Instagram, foi a problemática da educação em casa durante o isolamento social. Com o fechamento de escolas, a educação passou a ser mais um ponto a ser resolvido em casa, na maioria das vezes, mais uma das inúmeras tarefas delegadas às mulheres, no lar.

“Falar de educação no Brasil já é um campo de disputa”, iniciou sua contribuição o professor da Capital, Mizael Almeida. Segundo o docente, “não estamos vivendo em um momento de educação à distância, porque a LDB (Lei de Diretrizes e Bases) não nos autoriza. Este momento não é de se privilegiar conteúdo, mas sim um momento de reinvenção. No plano da Escola Pública, a família, no geral, não tem todos os instrumentos, sejam tecnológicos ou intelectuais para manter o estudo dos filhos dentro de casa, em isolamento social”, disse o professor.

Ele relata que a Secretaria de Educação de Campo Grande tem enviado atividades aos alunos, muitas relacionadas à temática da pandemia da Covid-19, trazendo diálogo entre o aluno e seus pais. “Outro ponto a se destacar é a disponibilização de kits merenda para os estudantes carentes, o que traz um alívio para as famílias”, ressalta Mizael.

Os professores Gina e Mizael têm visões comuns de que, no aspecto da Escola Pública brasileira, deve-se ter noção da capacidade das famílias em manter um estudo em casa. “Não sabemos se eles têm acesso e capacidade para fazer a tutoria das lições. Por isto penso que não devemos insistir nesta questão da conectividade e avançar no conteúdo, sem a devida base”, disse Mizael, lembrando que muitas famílias têm mais de dois filhos e apenas um computador em casa.

Acompanhe – Nesta sexta-feira (17), acontecerá outra Live, agora pelo *Youtube*, a partir das 18 horas, no Bate Papo da Coordenadoria da Mulher do TJMS, no canal www.youtube.com/TJMSJornalismo, com a juíza Helena Coelho, como debatedora e os convidados Guilherme Valadares, editor-chefe do site PapodeHomem e membro do Comitê #ElesporElas, da ONU Mulheres; Mafuane Odara, coordenadora de Projetos de Enfrentamento à Violência do Instituto Avon; a juíza Jacqueline Machado, da 3ª Vara da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher da Capital, e o servidor Yuri da Silva Santos, para tradução simultânea em libras.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS é líder em produtividade dentre os tribunais de pequeno porte durante pandemia - 23/04/2020



No período entre os dias 16 de março a 12 de abril, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul lidera o ranking na comparação dentre os 12 tribunais considerados de pequeno porte pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Com 31.192 sentenças proferidas, são mais de 10 mil decisões a frente do TJ de Rondônia, segundo lugar no ranking com 20.890. Os dados foram obtidos com base no painel de Produtividade Semanal – Covid 19 do CNJ, disponíveis no portal do CNJ no dia 22 de abril.

O Poder Judiciário de MS também está em primeiro lugar na quantidade de atos cumpridos por servidores, com 809.816, 102 mil atos a mais que o TJ de Rondônia, segundo colocado no levantamento do CNJ.

Os números mostram a responsabilidade de magistrados e servidores em um Tribunal de Justiça que investiu em informatização e soluções tecnológicas, permitindo que a sociedade busque a justiça para resolver suas demandas mesmo em tempo de isolamento social, em razão da pandemia da Covid-19.

O presidente do Tribunal de Justiça, Des. Paschoal Carmello Leandro, parabenizou magistrados e servidores pelo resultado atingido e destacou que a administração do TJMS não vem medindo esforços em manter o melhor atendimento e prestação jurisdicional à sociedade sul-mato-grossense dentro da realidade atual imposta pela pandemia da Covid-19. “O número alcançado demonstra a responsabilidade com que nossos magistrados e servidores têm diante das suas atividades. Todos compreenderam que, mesmo em época de crise, de dificuldade, nós temos que atender muito bem os nossos jurisdicionados. Esse caráter de responsabilidade é muito significativo e está aí a resposta reconhecida pelo próprio CNJ. A liderança neste levantamento somente reforça que o trabalho vem sendo muito bem executado, mantendo o Judiciário de MS dentre os mais eficientes do país”, ressaltou.

Valores destinados – Além da produtividade nos atos processuais, desde que estabeleceu medidas para evitar a proliferação do coronavírus, o presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Paschoal Carmello Leandro, assinou, em conjunto com o Corregedor-Geral de Justiça, Des. Sérgio Fernandes Martins, portaria que permite a destinação dos recursos de prestação pecuniária na aquisição de materiais e equipamentos médicos necessários ao combate da pandemia do Covid-19.

Desde o início das doações já foram destinados R$ 2.143.652,02 para este fim.

Saiba mais – O presidente do TJ publicou no Diário da Justiça do dia 25 de março a Portaria nº 1726, que consolidou normas e estabeleceu o regime de plantão extraordinário no Poder Judiciário de MS, no período emergencial decorrente da pandemia do Coronavírus (Covid-19). A referida portaria tem validade até o dia 30 de abril, sendo que os protocolos e medidas emergenciais de proteção poderão ser prorrogados de acordo com a necessidade.

Na prática, a medida suspendeu o atendimento presencial na justiça estadual e protegeu magistrados, servidores, estagiários, menores aprendizes, demais colaboradores e a população de possível contágio do coronavírus.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ disponibilizará inteligência artificial para auxílio aos gabinetes de magistrados 24/04/2020



O Tribunal de Justiça de MS, por meio do Departamento de Sistemas Jurisdicionais da Secretaria de Tecnologia da Informação, disponibilizará a primeira aplicação de Inteligência Artificial para auxílio aos gabinetes de magistrados, a LEIA - *Legal Intelligent Advisor*.

Para o presidente do TJMS, Des. Paschoal Carmello Leandro, este é um avanço muito grande, fundamental no momento de evolução tecnológica atual. "Inteligência artificial hoje é um plus à atividade jurisdicional. Temos que aproveitar esse desenvolvimento e criarmos ferramentas para que possamos apresentar uma prestação jurisdicional mais rápida e segura", destacou.

A LEIA Precedentes é uma aplicação desenvolvida pela Softplan, baseada em inteligência artificial, que tem por objetivo identificar processos que sejam possíveis candidatos a vinculação de temas para sobrestamento. O objetivo é o atendimento à Resolução n. 235 do CNJ, que dispõe sobre a padronização de procedimentos decorrentes de julgamentos de repercussão geral, de casos repetitivos e de incidente de assunção de competência previstos na Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.

A aplicação de IA fará a "leitura e interpretação" da petição inicial do processo e, por meio de técnicas de processamento de linguagem natural, identificará possíveis relacionamentos entre o processo e um dos 50 temas de precedentes selecionados para o projeto.

Benefícios

- A LEIA analisa todo o estoque de processos em andamento e indica aos magistrados as questões convergentes (reduz a taxa de congestionamento das unidades judiciais e reduz a carga de trabalho, retirando das filas de trabalho processos que tenham precedentes em tramitação em Tribunais Superiores);

- Garante decisões mais rápidas e isonômicas nos julgamentos;

- Desestimula a litigiosidade de casos repetitivos;

- A LEIA apenas sugere a existência de conexão com um tema precedente. A decisão final é do magistrado, que analisa e valida os processos indicados como candidatos com base nas questões do Direito.

Saiba mais – No segundo semestre de 2018, o Des. Paschoal Carmello Leandro, na ocasião presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, solicitou o desenvolvimento de um "robô", com uso de inteligência artificial.

Assim, no primeiro semestre de 2019, a Softplan apresentou aos sete tribunais clientes uma proposta de aplicação de inteligência artificial no SAJ para atender a Resolução n. 235 do CNJ, sendo uma oportunidade de ratear os custos de desenvolvimento com outros tribunais, reduzindo-o consideravelmente.

No segundo semestre de 2019, cinco tribunais aderiram ao projeto: TJAC, TJAM, TJCE, TJAL e TJMS. Foram escolhidos então 50 temas por esses tribunais, sendo que, destes, 22 foram indicados pela Vice-Presidência do TJMS, por meio do NUGEP - Núcleo de Gerenciamento de Precedentes.

A LEIA será executada nos processos que apresentarem as seguintes condições: serem eletrônicos, protocolados até 31/03/2020, da área cível, que estejam tramitando sem sigilo ou segredo de justiça e que não tenham sido baixados ou cancelados até 31/03/2020.

A aplicação utiliza o processamento de linguagem natural, que é uma subárea da inteligência artificial, sendo um conjunto de técnicas e ferramentas matemáticas e computacionais para classificação, extração de dados e interpretação de textos jurídicos, buscando a convergência entre os conteúdos textual e contextual das petições iniciais e da matriz de entendimento.

As instruções de como utilizar a nova ferramenta podem ser acessadas no link manuais do portal de serviços de TI (www.tjms.jus.br/ti).

Vídeo – Confira no link https://www.youtube.com/watch?v=b0-BBGS9OYU o vídeo com a apresentação do presidente do TJMS, Des. Paschoal Carmello Leandro, aos magistrados sobre o novo sistema de Inteligência Artificial.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ cria comitê para analisar retorno gradual ao trabalho presencial - 29/04/2020



Está publicada no Diário da Justiça desta quinta-feira (30) a Portaria nº 1.750, que institui um comitê de análise das condições para o retorno gradual ao trabalho presencial no Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul, ante a pandemia do novo coronavírus (Covid-19).

A medida é consequência do relaxamento em todo o país das medidas adotadas no Judiciário brasileiro para evitar a disseminação do vírus, além de considerar a Portaria nº 1.746, do TJMS, que prorrogou o regime de plantão extraordinário até o dia 15 de maio, estabelecendo novas regras de suspensão dos prazos dos processos judiciais durante a pandemia.

Destaque-se que para o desenvolvimento e propositura de ações relativas ao retorno gradual de magistrados e servidores, após o dia 15 de maio ou outra data estabelecida pelo CNJ, o comitê poderá adotar protocolos de órgãos competentes, especialmente do Ministério da Saúde.

Foram designados para compor o comitê o Des. Nélio Stabile, que coordenará os trabalhos; o juiz auxiliar da Presidência, Fernando Chemin Cury; a juíza da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Estadual, Joseliza Alessandra Vanzela Turine; o diretor-geral do TJMS, Marcelo Vendas Righetti; o diretor da Secretaria de Obras, Daniel Felipe Hendges; o médico Sérgio Cação de Moraes; Nilda Severino Pereira Ortis, que responde pela Coordenadoria de Saúde; e Marcelo Archanjo, assessor técnico especializado no TJMS.

Importante lembrar que as deliberações do comitê serão encaminhadas à Presidência do Tribunal de Justiça para subsidiar as normatizações referentes ao retorno gradual do trabalho presencial e que a portaria que institui o comitê terá vigência somente enquanto perdurar a situação de emergência decorrente da Covid-19.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS destina R$ 2,3 milhões de penas pecuniárias no combate ao coronavírus
30/04/2020



Desde que foi declarada a pandemia do novo coronavírus, juízes da Capital e do interior destinaram R$ 2.340.257,56 das verbas oriundas de penas pecuniárias para ações de combate e prevenção ao coronavírus, em uma tentativa de amenizar a crise humanitária causada pela Covid-19. As doações estão em conformidade com a Portaria nº 1.725, assinada pelo presidente do TJMS, Des. Paschoal Carmello Leandro, em conjunto com o Corregedor-Geral de Justiça, Des. Sérgio Fernandes Martins, que permite a destinação destes recursos na aquisição de materiais e equipamentos médicos necessários ao combate da pandemia.

Mesmo tendo alguns municípios flexibilizado as medidas de contenção, a magistratura continuou atenta às necessidades de proteção de profissionais que precisam trabalhar no atendimento à população nas áreas de saúde e segurança pública.

Este foi a caso do juiz André Luiz Monteiro, da 1ª Vara Criminal de Corumbá, que destinou para a Santa Casa daquele município o valor de R$ 189.062,54, recursos que serão usados para implementação e ampliação da canalização do sistema de rede de oxigênio do hospital, o que possibilitará a ampliação de leitos de tratamento intensivo na região, deixando a Santa Casa mais preparada para um eventual agravamento da pandemia.

A Santa Casa de Corumbá atende as populações de Corumbá (109.000 hab.), Ladário (23.000 hab.), Puerto Suarez e Puerto Quijarro, ambas na Bolívia, sendo a única unidade de saúde que atende pelo SUS e dispõe de CTI na região de fronteira, distante 430 km da Capital.

Outro que destinou valores foi o juiz Marcelo Guimarães Marques, da 1ª Vara Criminal de Ponta Porã, deferindo a liberação de R$ 7.543,00 para aquisição urgente de máscaras, além de material para fabricação de máscaras de tecido.

O juiz considerou para liberação da verba que a direção da unidade penal Ricardo Brandão de Ponta Porã está utilizando mão de obra dos internos para confecção de equipamentos de proteção individual para trabalhadores como policiais, bombeiros, agentes educacionais e penitenciários. Na verdade, esta foi mais uma forma de colaboração com a sociedade, haja vista que os trabalhadores essenciais que atuam na segurança pública serão beneficiados.

No balanço final, o montante já direcionado por juízes abrange as comarcas de Campo Grande, Iguatemi, Costa Rica, Fátima do Sul, Ivinhema, Bataguassu, Camapuã, Nova Alvorada do Sul, Ribas do Rio Pardo, Três Lagoas, Angélica, Bandeirantes, Maracaju, Dourados, Chapadão do Sul, Paraíso das Águas, Coronel Sapucaia, Aquidauana, São Gabriel do Oeste, Jardim, Itaporã, Miranda, Nova Andradina, Água Clara, Sidrolândia, Amambai, Mundo Novo, Bela Vista, Coxim, Eldorado, Paranaíba, acrescidos de Ponta Porã e Corumbá.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Coordenadoria da Mulher mostra mapa da violência na pandemia - 07/05/2020



A nova realidade de distanciamento social, imposta pela pandemia do coronavírus, trouxe a preocupação das autoridades mundiais quanto ao aumento da violência doméstica. Infelizmente, em vários países como França, China e Espanha, a violência doméstica e familiar contra a mulher cresceu assustadoramente. No Brasil, a realidade não é diferente.

Para analisar os dados relativos à violência doméstica durante o período de 20 de março a 20 de abril deste ano, a Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar em MS, comandada pela juíza Helena Alice Machado Coelho, levantou diversos dados importantes.

Os números apontam dois momentos diferentes: o anterior às restrições em razão da pandemia do COVID-19, abrangendo o período de 20 de fevereiro a 19 de março, e no segundo cenário estão as informações considerado o distanciamento social de 20 de março a 20 de abril. Há também o comparativo entre os mesmos períodos dos anos de 2019 e 2020.

As mulheres serão mais impactadas negativamente pela pandemia do que os homens: o tempo de isolamento social ampliou o período em que a mulher está dentro de casa, preocupada com crise econômica, desemprego, enquanto está sobrecarregada pelas tarefas domésticas, cuidados com os filhos - atividades historicamente atribuídas ao sexo feminino e cobradas pela cultura machista. Somam-se a tudo isso as tarefas do teletrabalho, os cuidados com a família e a casa para evitar a proliferação do vírus, além do convívio permanente com o abusador.

Segundo a magistrada, certo é que o vírus não faz distinção de gênero, raça, etnia, classe social, entre outros marcadores sociais, contudo, os efeitos destrutivos do distanciamento físico e da quarentena efetivamente são maiores entre as mulheres e, dentre estas, as que sofrem violência no espaço doméstico, local que deveria ser de segurança e tranquilidade.

De acordo com o estudo, antes da pandemia, foram concedidas 381 medidas protetivas na Capital e 449 nas comarcas do interior; houve 22 prisões em flagrante em Campo Grande e 160 no interior e quando se contabiliza feminicídio, foram constatados um na Capital e três em cidades do interior. Durante a pandemia, foram concedidas 360 medidas protetivas em Campo Grande e 328 no interior; as prisões em flagrante somaram 39 na Capital e 146 no interior, e o feminicídio dobrou na Capital: foram dois em Campo Grande e quatro no interior.

A monitoração eletrônica em casos de violência doméstica em todo o Estado também faz parte do levantamento e constatou-se que antes da pandemia 27 tornozeleiras foram instaladas em autores de violência doméstica e durante a pandemia o número mais que dobrou, chegando a 56.

Antes do isolamento social, houve cinco feminicídios e 14 tentativas de feminicídio e no período de 20 de março a 20 de abril foram três feminicídios e quatro tentativas.

Análises – De todo o estudo técnico da Coordenadoria da Mulher, percebe-se que durante a pandemia houve um decréscimo no número de solicitação de medidas protetivas em todo o Estado. Na Capital, as solicitações diminuíram 5,5% enquanto no interior a queda foi de 27%.

Nesse ponto, deve-se considerar que a adoção de várias medidas para evitar a disseminação do coronavírus, como a restrição de circulação, cuidados permanentes com os filhos que estão com aulas suspensas, podem ter contribuído para impedir a mulher de procurar atendimento. Além disso, em Campo Grande, houve a suspensão do transporte coletivo por duas semanas, o que certamente dificultou o acesso da mulher aos órgãos de proteção.

Se a análise for das prisões em flagrante, verifica-se que houve aumento de 82% na Capital e redução de 6,6% no interior. Os resultados indicam expressivo acréscimo de prisões em flagrante em Campo Grande, o que pode ser explicado pelas rigorosas condutas de distanciamento social impostas, inclusive com toque de recolher, além dos demais fatores citados.

A Coordenadora da Mulher apontou ainda os números de feminicídio, citando que houve um aumento no número de ações penais referentes a feminicídios registrados no Sistema de Automação da Justiça (SAJ) durante o período de isolamento social em comparação ao mês anterior.

"Na Capital, o número dobrou e no interior o aumento foi de 33,3%, mas não podemos esquecer que fevereiro teve 29 dias e março tem 31, e esse fator pode interferir no resultado. Muito importante observar que a entrada das ações penais no sistema do judiciário não significa necessariamente que os crimes ocorreram no mesmo período", completou.

O estudo completo está no arquivo anexo.

Anexos:

Estudo Coordenadoria da Mulher.pdf

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Brasil celebra Dia da Memória do Poder Judiciário neste domingo - 08/05/2020



Neste domingo, dia 10 de maio, será comemorado pela primeira vez o Dia da Memória do Poder Judiciário brasileiro. A data foi estabelecida pela Resolução nº 316/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Além da preservação da memória institucional da Justiça, a medida enfatiza a importância da memória como parte do patrimônio cultural brasileiro – conforme prevê o art. 216 da Constituição Federal –, aproxima o Judiciário da sociedade e mostra que a missão do Supremo Tribunal Federal (STF) e dos 91 tribunais que atuam no Brasil é resguardar a Constituição, garantir os direitos e assegurar proteção e igualdade para todos.

A data faz referência ao alvará de 10 de maio de 1808 de D. João VI que criou a Casa da Suplicação do Brasil. A iniciativa foi implementada dois meses após a família real se estabelecer no Rio de Janeiro, onde chegou no dia 7 de março daquele ano, para fugir da ameaça de invasão por Napoleão Bonaparte e preservar a independência portuguesa.

A medida simboliza a independência da Justiça brasileira em relação à portuguesa. Com a criação da Casa da Suplicação do Brasil, os recursos de apelações e agravos passaram a ser julgados no Rio de Janeiro e não mais em Lisboa. O alvará de D. João VI determinava que "a Relação desta cidade se denominará Casa da Suplicação do Brasil e será considerada como Superior Tribunal de Justiça para se findarem ali todos os pleitos em última instância".

Identidade cultural – A criação da data comemorativa foi sugerida pelo Comitê do Programa Nacional de Gestão Documental e Memória do Poder Judiciário (Proname), que incentiva e apoia ações de preservação e divulgação da memória judiciária em todo o país. Antes da proposta ser apresentada ao Comitê por um magistrado integrante, a data foi objeto de consulta e votação por profissionais e especialistas da área da memória de vários tribunais do país.

O presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Dias Toffoli, afirmou que "os fatos e os acontecimentos que construíram a identidade cultural do Poder Judiciário devem ser preservados e valorizados. Além de vasto patrimônio material e imaterial, somos guardiões da história das personalidades que moldaram e construíram nossas instituições judiciárias. Ao reverenciarmos sua memória e impedirmos que o seu legado se desvaneça, nós os fazemos reviver".

A criação da data comemorativa incentiva a promoção de ações de conservação do acervo memorial dos tribunais. Os arquivos, bibliotecas e museus da Justiça guardam, além de documentos e processos, objetos e móveis que permitem recontar a história da sociedade e do Estado brasileiro. A iniciativa alcança todo o sistema de Justiça do Brasil, incluindo todos os ramos do Poder Judiciário: Federal, Estadual, Militar, Eleitoral e do Trabalho.

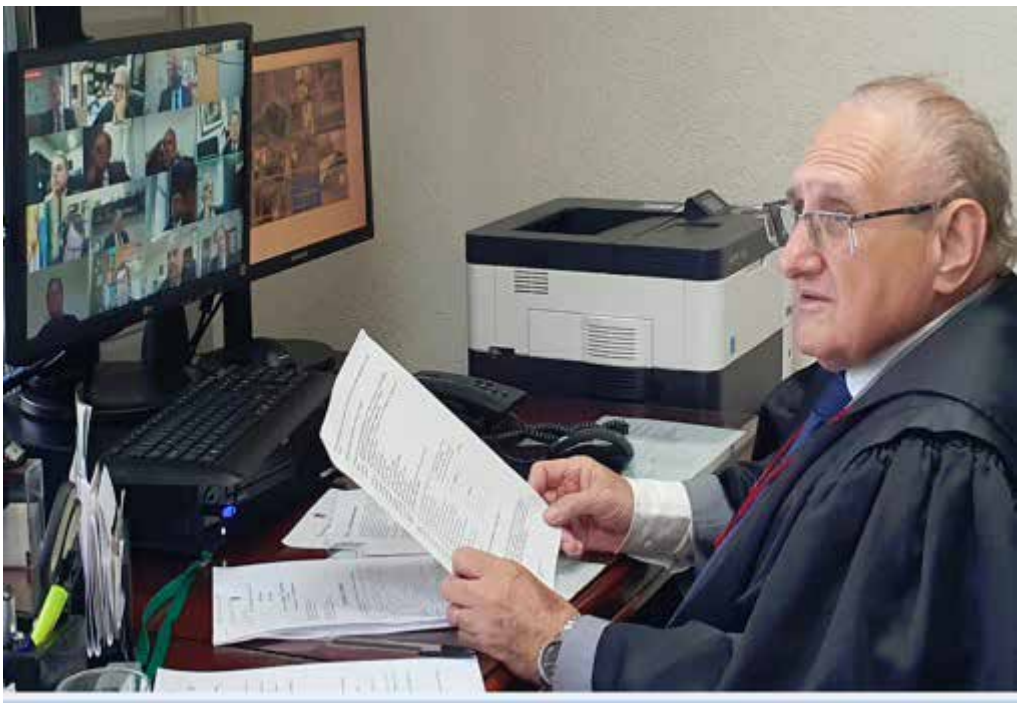
No caso da Justiça Militar, a criação do primeiro tribunal militar foi anterior à Casa de Suplicação do Brasil, em 1º de abril de 1808, com o nome de Conselho Supremo Militar e de Justiça. Em 1891, foi organizado o Supremo Tribunal Militar que passou a se chamar Superior Tribunal Militar em 1946.

O ramo da Justiça do Trabalho, por sua vez, inicia com a instituição do Conselho Nacional do Trabalho, em 1922. Posteriormente, a Constituição de 1934 criou a Justiça do Trabalho, cuja implantação ocorreu em 1941. Porém, a integração definitiva ao Poder Judiciário somente se realizou em 1946, com a Constituição promulgada naquele ano.

Já a Justiça Eleitoral foi criada em 1932, mesmo ano da promulgação do primeiro Código Eleitoral Brasileiro.

Autor da notícia: Agência CNJ de Notícias

Órgão Especial reúne-se em sessão telepresencial com transmissão ao vivo 20/05/2020



Com 146 processos em pauta, os desembargadores do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de MS reuniram-se nesta quarta-feira (20), por videoconferência, para a primeira sessão de julgamento deste colegiado durante a pandemia da Covid-19 com transmissão pelo Youtube. Presidida pelo Des. Paschoal Carmello Leandro, presidente do TJMS, a sessão foi a primeira com a participação do recém-empossado Procurador-Geral de Justiça, Alexandre Magno Lacerda. A última sessão realizada em plenário ocorreu no dia 4 de março.

Com a publicação do Provimento nº 481, de 15 de maio de 2020, foi autorizado que as sessões telepresenciais de julgamento do Tribunal de Justiça sejam transmitidas em plataforma digital, ressalvados os processos que tramitam sob segredo de justiça. A Secretaria de Tecnologia da Informação do TJMS desenvolveu tecnologia para tornar isso possível e nesta terça-feira (19), a primeira sessão foi transmitida ao vivo, com os desembargadores da 4ª Câmara Cível.

Mesmo antes da publicação da norma, as sessões de julgamento por videoconferência já eram realizadas, desde o início do período de plantão extraordinário, pela 1ª e 2ª Câmaras Criminais, porém estas não eram transmitidas para o público externo.

Saiba mais – Ferramenta essencial para assegurar a transparência das atividades jurisdicionais, a transmissão on-line atende ao princípio da publicidade, previsto na Constituição Federal, permitindo que, além das partes, qualquer cidadão tenha acesso ao julgamento dos processos não protegidos por sigilo.

A medida atende ainda ao disposto no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, segundo o qual todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário são públicos.

As exibições serão realizadas em horário previsto em calendário da pauta de julgamentos e os advogados que desejarem fazer sustentação oral nas sessões de julgamento devem enviar seu pedido de sustentação oral, via e-mail, até as 18 horas do dia útil anterior ao da sessão, observando o órgão para o qual foi pautado o julgamento.

Confira abaixo a relação de e-mails para solicitação de sustentação oral em sessões telepresenciais:

1ª Câmara Criminal: 1crimsust.oral@tjms.jus.br

2ª Câmara Criminal: 2crimsust.oral@tjms.jus.br

3ª Câmara Criminal: 3crimsust.oral@tjms.jus.br

1ª Câmara Cível: 1civsust.oral@tjms.jus.br

2ª Câmara Cível: 2civsust.oral@tjms.jus.br

3ª Câmara Cível: 3civsust.oral@tjms.jus.br

4ª Câmara Cível: 4civsust.oral@tjms.jus.br

1ª Seção Cível: 1seccivsust.oral@tjms.jus.br

2ª Seção Cível: 2seccivsust.oral@tjms.jus.br

3ª Seção Cível: 3seccivsust.oral@tjms.jus.br

4ª Seção Cível: 4seccivsust.oral@tjms.jus.br

1ª Seção Criminal: 1seccrimsust.oral@tjms.jus.br

2ª Seção Criminal: 2seccrimsust.oral@tjms.jus.br

Órgão Especial: orgaoespecialsust.oral@tjms.jus.br

Seção Especial Cível: secespcivsust.oral@tjms.jus.br

Seção Especial Criminal: secespcrimsust.oral@tjms.jus.br

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS implanta Serviço de Informação ao Cidadão (SIC) - 22/05/2020



Com objetivo de promover a aproximação do Poder Judiciário com a população, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul lançou hoje (22), por meio do link https://sti.tjms.jus.br/confluence/display/SIC, o Serviço de Informação ao Cidadão (SIC), o qual garante a todo cidadão o direito constitucional de obter, dos órgãos públicos, informações de interesse particular, de interesse coletivo ou geral.

O SIC cumpre o que determina a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527, de 2011), por meio da qual a publicidade tornou-se a regra e o sigilo, a exceção. O serviço está disponível no Portal do TJMS e pode ser solicitado por meio de um formulário "e-SIC", no qual o cidadão poderá registrar e acompanhar seu pedido.

A reformulação desse serviço, que era oferecido como "Fale conosco" e em parte pela Ouvidoria Judiciária, é parte do trabalho realizado pelo grupo que acompanha e avalia os conteúdos disponibilizados no site e no Portal da Transparência do Tribunal de Justiça de MS, instituído pelo presidente do Tribunal de Justiça, Des. Paschoal Carmello Leandro, na Portaria n°1.679 em 29 de janeiro de 2020.

Durante mais de três meses esse grupo avaliou os conteúdos disponibilizados no site e no Portal da Transparência do Tribunal de Justiça de MS, do qual o SIC faz parte, e reformulou a disposição de todos os conteúdos disponíveis no site e no Portal da Transparência do TJMS. A determinação do Presidente era para que o grupo adequasse totalmente a Transparência do TJMS à Resolução n° 215/2015, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

As informações sobre a execução orçamentária e financeira do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, além das despesas com pessoal, licitações e contratos, e sua relação de carros oficiais estão disponíveis no link "Transparência" do Portal do TJMS. A consulta processual, a Jurisprudência e toda a legislação pertinente ao Poder Judiciário também estão à disposição no site.

Caso o cidadão não localize a informação que deseja, deve acessar o formulário "e-SIC", na aba SIC do portal, e registrar seu pedido. Para fazer o registro na primeira vez, é preciso fazer um pequeno cadastro, em "Novo Usuário", depois será enviado um link com usuário e senha no e-mail, então é só preencher o formulário. Após o registro do pedido, receberá um e-mail de confirmação, com um número de protocolo, para acompanhar o status da solicitação.

Caso o cidadão queira solicitar informação ao SIC por correspondência, deve enviar a solicitação para: SIC (Serviço de Informação ao Cidadão), Direção-Geral da Secretaria do Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça, Av. Mato Grosso, Bloco 13, Parque dos Poderes, CEP 79031-902 – Campo Grande – MS.

Se a solicitação da informação for realizada por correspondência ou por formulário "e-SIC", e a opção de recebimento da informação for por retirada física, o solicitante terá que se dirigir pessoalmente ao SIC, na Direção-Geral da Secretaria do TJ. Um formulário também está disponível em PDF no SIC, para entrega física da solicitação em qualquer fórum do Estado. Tudo será remetido ao TJMS e incluído no e-SIC. O atendimento presencial do SIC é das 12 às 19 horas, de segunda a sexta-feira. As solicitações de informação seguem o que regula a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.

Os casos de denúncia ou reclamação serão registrados também pelo formulário "e-SIC", bem como o seu acompanhamento. Quando o processo de solicitação de informação for concluído, avalie o serviço prestado, disponível no "e-SIC".

Estudo – O grupo de trabalho foi coordenado pelo juiz auxiliar da Presidência, Fernando Chemin Cury, e contou com a participação da diretora executiva da Presidência, Erika Arevalo da Rosa, o assessor de Projetos Especiais da Presidência, Ganem Amiden Neto, o diretor-geral da Secretaria do TJMS, Marcelo Vendas Righetti; do assessor técnico especializado da Direção-Geral, Marcelo Archanjo dos Santos; dos diretores das secretarias de Tecnologia da Informação, Altair Junior Ancelmo Soares; de Comunicação, Carlos Kuntzel; de Bens e Serviços, Anderson de Oliveira Silva; de Finanças, Julio Dias de Almeida; de Gestão de Pessoal, Raphael Vicente Bilinski; da Judiciária, Arnaldo Liogi Kobayashi, da Corregedoria-Geral de Justiça, Azenaide Rosselli Alencar; da Assessoria de Planejamento, Newton Cesco Jr.; da Magistratura, Christiane Pádoa; da Assessoria Jurídico-Legislativa, Isnaete Morais Santos Vieira; do Departamento da Ouvidoria, Heloísa Ribeiro de Souza, da Assessoria de Cerimonial, Jorge Miguel da Silva Garcia, do diretor do Departamento de Atendimento ao Usuário, Alexandre Camy, e os servidores Fabio Batista, Eder Ramos, Daren Soares e Diego Cavalcanti e o estagiário Randy Kawaushi da STI, Leo Alves, da Secretaria de Comunicação, e Viviane de Pinho, da Assessoria de Planejamento.

O layout do portal foi desenvolvido pela Secretaria de Tecnologia da Informação, em parceria com a Secretaria de Comunicação, e ganhou diversas funcionalidades, sempre objetivando mais transparência ao jurisdicionado.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ conclui implantação do SEEU na Justiça de MS - 27/05/2020



"Com muita alegria, informamos a completa implantação do SEEU no Tribunal de Justiça de MS. A Central de Processamento Eletrônico (CPE) concluiu a implantação dos 16.983 pendentes quando do início da segunda força-tarefa. As equipes comandadas pela Conceição Pedrini Pereira (diretora da Secretaria Judiciária de Primeiro Grau), pela Patrícia Silva (diretora do Departamento Criminal da CPE) e pela Wiliane da Silva Campos (coordenadora da Execução Penal), trabalharam muito, inclusive, fora do horário de expediente, sábados, domingos e feriados, para ter êxito nessa missão. Agradecemos ao CNJ, à Presidência do TJMS, à Corregedoria-Geral de Justiça e à Covep pelo apoio, além dos colaboradores comandados pela juíza Graciela de Rezende Henriquez, de Vitória (ES), que ajudou imensamente nessa tarefa".

As palavras são do juiz Wilson Leite Corrêa, diretor da CPE, setor responsável pela implantação do SEEU no Poder Judiciário de MS. As ações para atingir o índice total de migração/implantação dos processos de execução penal para o novo sistema SEEU começaram em março, com uma capacitação ministrada para 33 servidores, sendo 17 de comarcas do interior - todos com atribuição de trabalho na execução penal.

Para quem não está familiarizado, o SEEU otimiza o controle e a gestão dos processos de execução penal e das informações relacionadas ao sistema carcerário brasileiro. Sua implantação foi proposta pelo CNJ e, no início, a equipe e tecnologia da informação do TJMS foi a responsável pela resolução dos problemas. O sistema permite um trâmite processual mais eficiente e proporciona a gestão confiável dos dados da população carcerária do Brasil.

O SEEU atende a peculiaridades da área de execução, como emissão de atestado de pena e de relatórios, visualização gráfica de condenações, detalhamento do cálculo de pena e facilidade de gestão de benefícios previstos na Lei de Execução Penal ou em decretos de indulto e comutação.

Com o sistema, magistrados e servidores podem acessar linhas do tempo da execução e incidentes e peças pendentes, assim como processos que atingiram ou atingirão requisitos objetivos em breve. O SEEU fornece estatísticas, pesquisa com mais de 50 campos e indicativos gráficos para demonstrar a situação do sentenciado, assim como tabelas com leis, artigos, parágrafos e incisos para maior precisão na inclusão de condenações.

A ferramenta também admite o desmembramento e distinção de penas e cadastro de incidentes com influência automática na calculadora. Outro ponto é a integração entre tribunais com o CNJ, além de órgãos externos ao Judiciário, para cruzamento de dados, como o Instituto de Identificação da Polícia Federal e o Departamento Penitenciário.

A expansão e melhoria do sistema faz parte das atividades do programa Justiça Presente, parceria entre o CNJ e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), para enfrentar a crise penal no país, com investimento de recursos do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Cartilha orienta mulheres vítimas de violência doméstica e familiar - 28/05/2020



Sob o comando da juíza Helena Alice Machado Coelho, mesmo em tempo de distanciamento social, a Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar em MS continua trabalhando para combater todo tipo de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Desde ontem (27) está sendo enviada para as comarcas do interior uma cartilha com orientações para vítimas de violência de como proceder em tempos de Covid-19. A ideia é começar a distribuição com dois mil exemplares da publicação pelas circunscrições e enviar milhares de cartilhas até alcançar todos os municípios.

Além da distribuição, a cartilha está disponível no portal do Tribunal de Justiça e pode ser acessada pelo link https://www.tjms.jus.br/_estaticos_/sc/publicacoes/CartilhaVDCovid.pdf para possível impressão, respeitados os direitos autorais. A Coordenadoria pretende ainda compartilhar a publicação em formato digital.

A iniciativa é resultado do aumento alarmante do número de casos de todo tipo de violência nesses dias em que a população se vê obrigada a ficar em casa para evitar a disseminação do coronavírus.

A juíza lembra que a violência doméstica contra a mulher sempre existiu, entretanto, durante a pandemia, com o isolamento a tensão com a presença constante do companheiro, a iminente crise econômica, a sobrecarga com atividades domésticas e o cuidado com os filhos são fatores que deixam as mulheres mais vulneráveis à violência de seus parceiros, limitando-as de buscar ajuda ou denunciar.

"Estamos em distanciamento social, não estamos isoladas. E as orientações da cartilha deixam isso bem claro. Quando se está em um relacionamento abusivo, é importante adotar medidas para aumentar a segurança e pedir ajuda em situações de emergência. Isso se chama Plano de Segurança Pessoal e pode salvar sua vida, por isso o incluímos na publicação", explicou ela.

Helena Alice lembra ainda que a Coordenadoria elaborou em mapa da violência doméstica e familiar em Mato Grosso do Sul no primeiro mês da pandemia e os resultados mostraram que, em média, 75% das mulheres vítimas de feminicídio nunca acessaram o sistema de justiça.

"Essa realidade nos mostra que nunca soubemos que eram vítimas de violência porque elas não procuraram a delegacia, não pediram medida protetiva. Infelizmente, mesmo na era tecnológica, muitas

mulheres que sofrem abuso e violência não têm acesso à informação e os meios de comunicação, principalmente as redes sociais, são a forma de alcançar esse público", ressaltou a coordenadora.

A cartilha aponta a necessidade de se manter contato com familiares e amigos, a salvar nos contatos rápidos de celular os serviços de emergência e descreve os tipos de violência, além de apresentar o violentômetro, com dicas de situações que podem mostrar o grau de violência nas atitudes do agressor.

"Principalmente no período de distanciamento físico, devemos ter estratégias para ajudar as mulheres que sofrem abuso doméstico, por isso não ignore ao escutar uma agressão e nem demore para ajudar. Você pode ligar, bater à porta, gritar na janela e até chamar a polícia: sua intervenção pode salvar uma vida. Tome uma atitude antes que seja tarde demais", concluiu a magistrada.

Saiba mais – Quem é vítima de violência não deve hesitar em buscar ajuda. Se você convive com alguém que sofre qualquer tipo de violência deve exercer a solidariedade. Procure uma delegacia de polícia e denuncie.

Em Campo Grande, a Casa da Mulher Brasileira está localizada na Rua Brasília, s/n, no Jardim Imá, 24 horas por dia, inclusive aos finais de semana, para que as mulheres vítimas de violência não fiquem sozinhas, mesmo em tempos de pandemia.

Funciona na Casa da Mulher Brasileira uma Delegacia Especializada; a Defensoria Pública; o Ministério Público; a Vara Judicial de Medidas Protetivas; atendimento social e psicológico; alojamento; espaço de cuidado das crianças – brinquedoteca;

Patrulha Maria da Penha e Guarda Municipal. É possível ligar para 153.

Existem ainda dois números para contato: 180, que garante o anonimato de quem liga, e o 190. Importante lembrar que a Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180 é um canal de atendimento telefônico, com foco no acolhimento, na orientação e no encaminhamento para os diversos serviços da Rede de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres em todo o Brasil.

As ligações para o número 180 podem ser feitas por telefone móvel ou fixo, particular ou público. O serviço funciona 24 horas por dia, 7 dias por semana, inclusive durante os finais de semana e feriados, já que a violência contra a mulher no Brasil é um problema sério no país.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Corregedoria inicia correições extrajudiciais por videoconferência - 29/05/2020



Mesmo com a necessidade de distanciamento social, resultante da pandemia da Covid-19, a Corregedoria-Geral de Justiça de Mato Grosso do Sul, sob a responsabilidade do Des. Sérgio Fernandes Martins, reiniciou essa semana as atividades correcionais.

Diante dos riscos de contaminação e considerando a competência exclusiva do Poder Judiciário de fiscalizar os serviços notariais e de registro, os trabalhos estão sendo realizados de forma virtual.

A prática nas serventias judiciais já era realizada anteriormente, remanescendo apenas a assinatura do termo de inspeção e auxílio em dúvidas sendo realizados pessoalmente, entretanto, nas serventias extrajudiciais a nova prática é totalmente inovadora.

De acordo com o juiz auxiliar da Corregedoria, Renato Liberali, 10 dias antes da correição os delegatários remetem os documentos requisitados para correição e são realizadas duas videoconferências: uma para verificação das instalações físicas do cartório, acessibilidade, atendimento do Provimento nº 74 sobre a informatização, as condições físicas dos livros, entre outros.

A segunda é a reunião de encerramento, quando o Corregedor-Geral de Justiça dirige-se à equipe da serventia e expõe os trabalhos realizados e as novidades a serem implementadas pela Corregedoria, além de o magistrado colocar-se à disposição dos delegatários e interinos para esclarecimentos, reclamações e solicitações.

"A receptividade desta nova forma de trabalho tem sido muito boa e os resultados são satisfatórios. Com isso, podemos cumprir a meta de correcionar todos os cartórios judiciais e extrajudiciais do Estado nesta gestão, mesmo em tempos de pandemia", explicou o Des. Sérgio.

As correições por videoconferência começaram na quarta-feira (25), quando o Corregedor e o juiz auxiliar realizaram a inspeção em dois cartórios de Aparecida do Taboado. Na manhã desta sexta, foram mais dois de Inocência.

"No início de março, o Corregedor iniciou as correições nos cartórios de Bataguassu, Brasilândia, Santa Rita do Pardo, Anaurilândia e no distrito de Vila Quebracho, contudo, em virtude da pandemia, não foi possível fazer o encerramento. Assim, na próxima semana, por videoconferência, o desembargador fará isso

nos cartórios de Bataguassu, Santa Rita do Pardo e Quebracho na segunda (1º) e em Água Clara e Ribas do Rio Pardo na sexta-feira (5)", esclareceu o juiz auxiliar.

O juiz destacou que a equipe da Corregedoria tem um cronograma a seguir e na próxima semana continuará trabalhando na preparação para as correições nos cartórios extrajudiciais faltantes.

"Essa é uma situação provisória, embora com resultados eficazes, adotada pelo Corregedor-Geral de Justiça para evitar que o trabalho cesse durante esse período difícil que enfrentamos em razão do coronavírus. Quando terminar a pandemia, voltaremos às correições presenciais, contudo, a prática nos mostrou que a correição virtual poderá ser usada futuramente até pelos próximos corregedores", concluiu Liberali.

Provimento – No Diário da Justiça de 15 de maio de 2020 foi publicado o Provimento nº 228/2020, que dispõe sobre a realização de correições judiciais e extrajudiciais por meio de videoconferência.

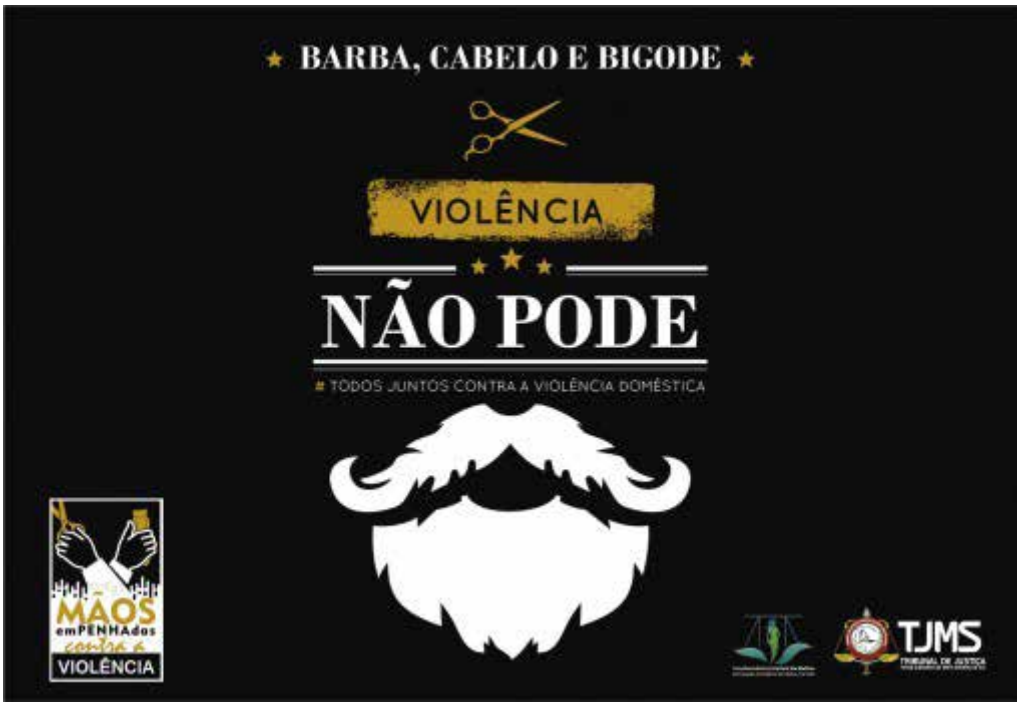
No documento, assinado pelo Corregedor-Geral de Justiça, considerou-se que os serviços notariais e de registro são essenciais e que as serventias estão em funcionamento, embora com restrições; que as correições judiciais já são realizadas em grande parte virtualmente; que a fiscalização é de suma importância por também fornecer orientação aos delegatários e interinos para as melhores práticas, além da importância de se preservar a saúde de magistrados, servidores, delegatários, interinos, prepostos e usuários.

Segundo o provimento, mesmo por videoconferência, o Departamento Correcional deve visualizar as instalações físicas do prédio; a acessibilidade para pessoas com deficiência, idosos e gestantes; a informatização (em cumprimento do Prov. 74 do CNJ); urbanidade; afixação da tabela de emolumentos em local ostensivo e de fácil visualização pelos usuários; guarda e zelo dos livros; forma de escrituração, anotação e averbação dos atos, ausência de assinaturas das partes e/ou registrador, no livro que estiver em andamento de cada especialidade.

As correições nas serventias judiciais e extrajudiciais, enquanto não houver segurança à saúde de todos os envolvidos na atividade, serão realizadas por meio virtual ou eletrônico disponível, em especial a videoconferência, e o provimento tem vigência por três meses, sendo permitida sua prorrogação.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Mãos EmPENHAdas Contra a Violência chega às barbearias 02/06/2020



Barba, Cabelo e Bigode - Violência não pode. #Todos juntos contra a violência doméstica. Este é o slogan da mais nova campanha desenvolvida pelo Tribunal de Justiça, por meio da Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar em MS, sob o comando da juíza Helena Alice Machado Coelho.

A iniciativa amplia a rede de atuação do projeto Mãos EmPENHAdas Contra a Violência, pioneiro no país, lançado em 2017, com objetivo de tornar os profissionais da beleza multiplicadores de informações sobre todas as formas de violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Desde o lançamento, o projeto tem a parceria de salões de beleza, com capacitação das profissionais que atuam nestes estabelecimentos para identificar a violência doméstica e orientar as vítimas. A ideia agora é levar a propostas para barbearias.

"Queremos capacitar e sensibilizar profissionais do segmento de estética masculina, para que sejam agentes multiplicadores de informação no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, a fim de reduzir os índices de violência e opressão em todos os espaços", explicou a juíza Helena Alice.

Nesse primeiro momento, de acordo com a juíza, haverá ampla divulgação das mídias sociais e sensibilização dos estabelecimentos visando a parceria e participação no programa.

"O Programa Mãos Empenhadas contra a Violência, que teve reconhecimento nacional e internacional por mobilizar vários parceiros do segmento de beleza feminino, amplia agora seu alcance e propõe atuar também nos espaços voltados para o público masculino, como as barbearias", completou Helena.

Saiba mais – A exemplo da etapa envolvendo profissionais de salões femininos, serão realizadas capacitações de caráter preventivo e informativo com os profissionais que atuam nas barbearias, com informação e reflexão sobre a violência contra a mulher, desmistificando estereótipos de gênero, paradigmas machistas presentes no discurso masculino, que trazem prejuízos também para o homem.

Os estabelecimentos parceiros receberão o selo do programa, assim como os profissionais receberão certificado de conclusão do curso, tornando-se agentes multiplicadores de informação, no enfrentamento à violência contra a mulher. Com a parceria estabelecida, a Coordenadoria da Mulher estará em contato frequente

com os parceiros, oferecendo reposição de material informativo e divulgando os estabelecimentos nos canais oficiais do TJMS.

A previsão é que no segundo semestre de 2020 seja realizada a mobilização e capacitação da primeira turma. Em decorrência da pandemia, a primeira capacitação possivelmente será realizada em formato de videoconferência, garantindo a segurança de todos os participantes e, ao mesmo tempo, a possibilidade de interação com a equipe formadora.

Importante lembrar que a ampliação do programa contempla a adesão ao movimento ElesPorElas, que busca promover o engajamento dos homens na luta pelo fim da violência contra as mulheres.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juiz de Miranda faz videoconferência com parte em Portugal - 03/06/2020



Na tarde desta quarta-feira (3), na comarca de Miranda, o juiz Alexsandro Motta realizou uma audiência para definir com quem ficaria a guarda de uma menina de oito anos. Mais um dia normal de trabalho se não fosse um detalhe: a audiência foi realizada por videoconferência, com uma das partes morando na cidade de Barreiro, em Portugal.

Ao final, as partes entabularam acordo para que a guarda da criança permaneça com a autora da ação, que é a tia paterna, assegurando-se ao pai e à mãe o direito de visitação livre. O Ministério Público manifestou-se favoravelmente à homologação do acordo.

Em tempos de isolamento social, a videoconferência tem sido um dos instrumentos tecnológicos mais utilizados para que a justiça continue oferecendo à população uma prestação jurisdicional de qualidade, enquanto evita a proliferação do coronavírus. Desde que foi decretada a pandemia no Brasil, o Poder Judiciário de MS não interrompeu o trabalho por um dia sequer.

Contudo, além do cuidado para evitar a contaminação das partes e dos envolvidos na audiência, a ferramenta tecnológica foi utilizada principalmente porque uma das partes reside fora do país e, ainda assim, pode usufruir da celeridade e eficiência da justiça sul-mato-grossense.

Entenda – O caso envolveu uma criança que mora com a tia paterna desde pouco mais de um ano de vida. A mãe não ajuda com alimentos, vestuário ou educação e o pai reside em Portugal.

A tia da menina postulou a guarda da sobrinha pelo fato de querer regularizar a situação e poder exercer de forma integral sua obrigação com os cuidados necessários.

Os laudos juntados no processo mostram que a autora da ação goza de boa saúde física e mental e o pedido está fundamentado no direito ao convívio familiar saudável das crianças e na impossibilidade prática de ser mantida a guarda compartilhada, atendendo aos interesses físicos, mentais, morais, financeiros e jurídicos da criança envolvida.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Audiências de Conciliação no Cijus são realizadas por videoconferência - 18/06/2020



Depois de um tempo de interrupção de algumas modalidades de serviços, em virtude da decretação de regime de trabalho extraordinário no Poder Judiciário, aos poucos as audiências vão retornando no Centro Integrado da Justiça (Cijus). Mas, em tempos de permanência das regras de distanciamento social, a solução para dar vazão a esta demanda represada, mais uma vez, é tecnológica. E é assim, que, gradativamente, boa parte da pauta das audiências de conciliação e algumas de instrução e julgamento estão ocorrendo via videoconferência nas varas dos juizados especiais de Campo Grande.

Segundo a juíza diretora do foro dos Juizados Especiais da Capital, Sandra Regina Artioli, a audiência por videoconferência foi a solução encontrada para permitir a continuidade dos trabalhos tanto nos Juizados como na justiça comum, sem colocar em risco a saúde dos envolvidos. "No Cijus, colocamos 16 salas com todo equipamento necessário à disposição das partes e advogados que não dispuserem de meios tecnológicos para participar da audiência por videoconferência. Acredito que essa ferramenta de trabalho deverá ter continuidade, mesmo após o final da pandemia, em virtude da praticidade, economia e eficácia que tem demonstrado, como têm reconhecido os nossos jurisdicionados", defende a magistrada.

Conforme explica o juiz leigo Felipe Lopes de Lara, representante dos juízes leigos e dos conciliadores perante o Conselho de Supervisão dos Juizados do TJMS, em virtude dessa situação excepcional foi necessária uma adaptação a essa nova realidade. Não são todas as varas que já estão realizando dessa forma, todavia acredito que o caminho é esse", destaca o juiz leigo.

"O intuito de designar as audiências por videoconferência é de atender, de forma célere e eficaz, os jurisdicionados, até porque não sabemos quando haverá o retorno das audiências de forma presencial. Ademais, também há de ressaltar que houve alteração da Lei 9.099/95, a qual estabeleceu a possibilidade da realização das audiências de conciliação de modo não presencial", completa Felipe.

Na 2ª Vara do Juizado Especial Central, por exemplo, as audiências online de conciliação estão ocorrendo desde o final de maio, explica o conciliador Cristhian Freitas Batista, que atua há cerca de um ano e dois meses na vara. Ele intercala durante a semana com uma colega conciliadora a frente das conciliações.

Embora ocorram no ambiente virtual, as audiências estão relativamente muito semelhantes às presenciais, conta ele. Com relação às diferenças, um ponto que precisou ser alterado, explica, foi o tempo

de duração, que passou de 15 para 30 minutos, até mesmo para auxiliar as partes que enfrentam alguma dificuldade em acessar a nova tecnologia.

Para as audiências, o Cijus tem utilizado da ferramenta Google Meet. As partes recebem pelos Correios a carta de intimação do dia e horário que se dará a tentativa de conciliação, já com o respectivo link para acessar a sala de videoconferência. "Muitos nunca utilizaram a ferramenta e essa prorrogação do tempo de cada audiência nos ajuda a orientar este jurisdicionado nas dificuldades que está apresentando, como desbloquear o microfone e o áudio", ressaltou o conciliador.

Com relação ao andamento delas, o conciliador afirma que os resultados têm sido bastante positivos e as partes estão comparecendo em sua maioria.

Vale destacar que as videoaudiências de conciliação não são obrigatórias. Existe a possibilidade das partes solicitarem, via requerimento nos autos, o adiamento para quando do retorno do trabalho presencial.

Um dos jurisdicionados que passou por audiência de conciliação nesta semana pela 2ª Vara do Juizado Especial Central foi o comerciante Alexandre Calazans. Ele conta que já estava familiarizado com o Google Meet, então não enfrentou dificuldades para acessar a ferramenta.

Com relação à iniciativa, o comerciante aprovou: "é algo muito prático, nos poupa tempo de deslocamento e, como por exemplo, na audiência de hoje, em que o réu não veio, não tive gastos em vão, apenas me desconectei do link da videoconferência e já pude continuar meus afazeres".

Inclusive, como ele tem várias ações de cobrança tramitando no Cijus, "mesmo que haja o retorno das audiências presenciais, se houver a possibilidade eu prefiro o formato online, tanto pelo conforto, como pela praticidade, economia de tempo e de dinheiro", completa.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Nupemec promove mediações e conciliações por videoconferência até no exterior - 19/06/2020



O Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), por meio dos Cejuscs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania) deu início à realização de diversas sessões de mediação e conciliação por videoconferência como adoção de boas práticas que visem a garantia do distanciamento social em tempos de pandemia.

Nesta semana, foi realizada uma mediação da 1ª Vara de Família da Capital utilizando a plataforma de videoconferência "Cisco Webex", fornecida pelo Conselho Nacional de Justiça. A audiência reuniu uma parte que estava fora do país, na Cidade do Porto, em Portugal, e a outra em Campo Grande.

Já a Câmara Privada "Diálogus" também deu início ao uso do sistema e, na semana passada, realizou três sessões de mediação pré-processual em que uma das partes reside em São Paulo.

Todos os mediadores e conciliadores do Nupemec possuem treinamento e experiência em realizar o procedimento por meio de videoconferência, isto porque, antes mesmo de surgir a pandemia da Covid-19, já eram realizadas sessões de mediação e conciliação por videoconferência nos Cejuscs de Campo Grande e daquelas comarcas do interior onde não fora instalado Cejusc ou não há mediadores e conciliadores capacitados nos moldes da Resolução 125-CNJ.

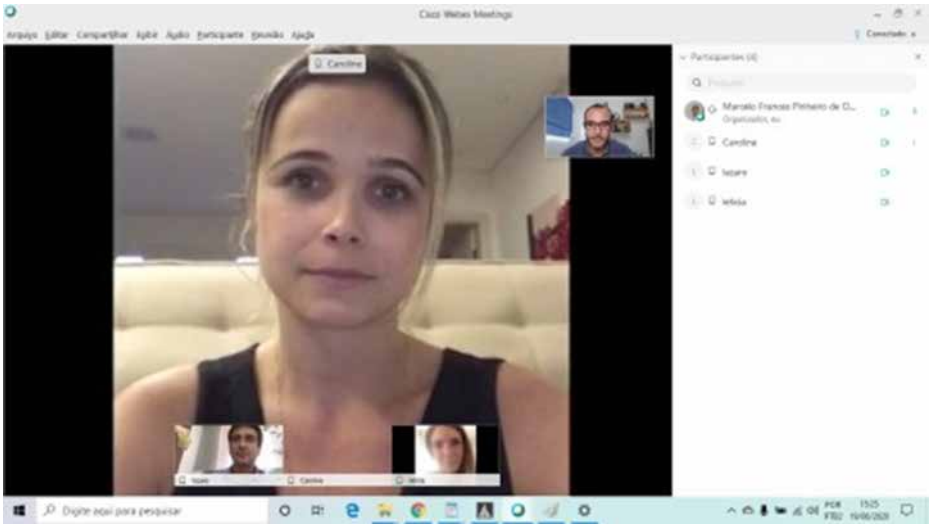
Os Desembargadores do Nupemec já oficiaram todas as Varas Residuais Cíveis e Varas de Família dando informações detalhadas a respeito de como proceder para o uso da plataforma indicada pelo CNJ e pelo TJMS, inclusive sugerindo meios para facilitar o agendamento e intimação das partes do processo e nos atendimentos pré-processuais os Cejuscs já estão agendando as sessões e as realizando por meio de videoconferência.

Saiba mais – Durante o período de enfrentamento da pandemia causada pela Covid-19, que exige o isolamento social e, como consequência, as restrições de locomoção, persiste a necessidade da prática de atos processuais e pré-processuais que implicam interação entre magistrados e demais atores do Sistema de Justiça. Especialmente para aqueles casos que exigem rápida resposta do Judiciário.

Em razão disso e para propiciar mais uma opção aos tribunais e magistrados brasileiros, o CNJ colocou à disposição a Plataforma Emergencial de Videoconferência para Atos Processuais.

O projeto decorre de Acordo de Cooperação Técnica celebrado com a Cisco Brasil Ltda e não implica em quaisquer custos ou compromissos financeiros. Além disso, sua duração é concomitante ao período especial vivenciado pela pandemia.

De outro lado, trata-se de uma opção conferida aos tribunais e significa que outras soluções tecnológicas semelhantes possam ser utilizadas, desde que alcancem o mesmo objetivo.



Nupemec promove mediações e conciliações por videoconferência até no exterior

notícia: Secretaria de Comunicação, com informações do CNJ

Justiça de MS está mobilizada no combate à violência doméstica durante a pandemia - 24/06/2020



A nova realidade de distanciamento social, imposta pela pandemia do coronavírus, trouxe a preocupação das autoridades mundiais quanto ao aumento da violência doméstica e familiar contra as mulheres. Países como a Índia, França e China viram a violência aumentar sensivelmente.

No Brasil infelizmente a realidade não é outra: alguns estados, como o Rio de Janeiro, verificaram um crescimento de até 50% nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher e em Mato Grosso do Sul também foi possível perceber um sensível aumento dessa violência.

Se de um lado aumentou a procura aos serviços de telefone (190 e 180), assim como a procura dos serviços on-line, o necessário isolamento social imposto durante o período de pandemia resultou em um grave problema: a significativa redução do número de denúncias de vítimas que chegam às delegacias.

Por isso, a Coordenadoria da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar em MS, comandada pela juíza Helena Alice Machado Coelho, elaborou um mapa da violência em MS e começou a trabalhar em diversas frentes para ajudar o maior número possível de vítimas.

Dados da Assessoria de Planejamento do TJMS mostram que nos meses de janeiro e fevereiro deste ano, antes do início da pandemia e consequente isolamento social, o número de medidas protetivas concedidas foi maior que no mesmo período do ano passado. A partir de março, contudo, houve uma mudança nessa realidade.

Para se ter uma ideia, em março de 2019, foram concedidas 779 medidas protetivas; em abril, 825; em maio 833; e até o dia 22 de junho 461. Esse ano, 775 vítimas tiveram medidas protetivas concedidas, baixando para 652 em abril e 673 em maio. Até o dia 22 de junho, foram 536 concedidas e a variação pode ser resultado da flexibilização da quarentena.

Ainda assim, os juízes e juízas de todo o Estado continuaram trabalhando no combate a todo tipo de violência, mas os números de decisões e despachos não permitem dúvidas: houve sensível diminuição do número de mulheres que procuraram o Poder Judiciário a partir do distanciamento social, embora não tenha havido redução significativa no número de autos de prisão em flagrante por violência doméstica no mesmo período.

Em março deste ano foram proferidas 2.045 decisões interlocutórias; em abril foram 1.855 e em maio 1.461. Se comparados esses dados com 2019 foram contabilizadas 2.191 decisões interlocutórias em março; 2.114 em abril e 2.368 em maio. E mais: de janeiro a 22 de junho, os magistrados proferiram 10.027 despachos contra 12.977 no ano passado.

A juíza Helena Alice faz um alerta importante: definitivamente, as mulheres foram mais impactadas negativamente pela pandemia em comparação com os homens, porque o tempo de isolamento social ampliou o período em que elas ficam dentro de casa, preocupadas com crise econômica, desemprego, sobrecarregadas pelas tarefas domésticas e cuidados com os filhos, além dos cuidados para evitar a proliferação do vírus: tudo isso durante convívio permanente com o abusador.

Não se pode desconsiderar ainda uma triste realidade: antes mesmo da pandemia, o mapa da violência doméstica e familiar em Mato Grosso do Sul mostra ainda que, em média, 75% das mulheres vítimas de feminicídio nunca haviam acessado o sistema de Justiça.

Estratégias de combate – Diante dessa triste realidade, a Coordenadoria da Mulher iniciou diversas ações importantes e estabeleceu parcerias para divulgar formas de ajudar as vítimas e, ao mesmo tempo, aumentar o número de denúncias.

A Coordenadoria da Mulher elaborou uma cartilha com orientações para vítimas de violência de como proceder em tempos de Covid-19, distribuindo-a para comarcas do interior, além de tê-la disponibilizado no portal do TJMS em formato digital, para possível impressão e futuro compartilhamento.

Além da cartilha, foram deflagradas campanhas educativas em condomínios para incentivar a denúncia por vizinhos que sabem de alguma situação envolvendo violência doméstica ou ajudar a vítima a quebrar o ciclo. Constantemente, são veiculadas nas redes sociais do Poder Judiciário informações imprescindíveis a quem precisa de ajuda.

Não se pode esquecer as parcerias com as redes de supermercados. A Rede Econômica disponibilizou estrategicamente em suas 32 lojas, na Capital e no interior, cartazes educativos, além de acrescentar as informações nos panfletos de ofertas e, em breve, nas sacolas de compras. A rede Comper deve intensificar, nos próximos dias, em suas redes sociais as peças da campanha do TJMS.

Além disso, foram elaborados spots de rádio com informações importantes para as vítimas e realizadas lives para difundir informações importantes sobre a temática, com nomes de destaque no cenário nacional.

A Coordenadoria está ainda trabalhando em um projeto-piloto, em parceria com a 3ª Vara de Violência Doméstica da Capital, que vai permitir às vítimas pedirem medidas protetivas on-line, diretamente ao Judiciário. Está em fase final também o projeto voltado às comunidades indígenas, com cartilhas e mídias de rádio em línguas maternas indígenas (Guarani e Kadiwéu).

Denúncia – Quem é vítima de violência não deve hesitar em buscar ajuda. Se você convive com alguém que sofre qualquer tipo de violência deve exercer a solidariedade. Procure uma delegacia de polícia e denuncie.

Em Campo Grande, a Casa da Mulher Brasileira está localizada na Rua Brasília, s/n, no Jardim Imá, 24 horas por dia, inclusive aos finais de semana, para que as mulheres vítimas de violência não fiquem sozinhas, mesmo em tempos de pandemia.

Funcionam na Casa da Mulher Brasileira uma Delegacia Especializada; a Defensoria Pública; o Ministério Público; a Vara Judicial de Medidas Protetivas; atendimento social e psicológico; alojamento; espaço de cuidado das crianças – brinquedoteca; Patrulha Maria da Penha e Guarda Municipal. É possível ligar para 153.

Existem ainda dois números para contato: 180, que garante o anonimato de quem liga, e o 190. Importante lembrar que a Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180 é um canal de atendimento telefônico, com foco no acolhimento, na orientação e no encaminhamento para os diversos serviços da Rede de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres em todo o Brasil.

As ligações para o número 180 podem ser feitas por telefone móvel ou fixo, particular ou público. O serviço funciona 24 horas por dia, 7 dias por semana, inclusive durante os finais de semana e feriados, já que a violência contra a mulher no Brasil é um problema sério no país.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Índice Onomástico



Jurisprudência Cível

Relator Des. Alexandre Bastos

Agravo de Instrumento nº 1415015-53.2019.8.12.0000 – Dourados 30

Agravo de Instrumento nº 1400926-88.2020.8.12.0000 – Campo Grande 33

Apelação Cível nº 0824423-51.2018.8.12.0001 – Campo Grande 38

Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

Apelação/Remessa Necessária nº 0800838-02.2016.8.12.0013 – Jardim 44

Agravo de Instrumento nº 1412635-57.2019.8.12.0000 – Campo Grande 49

Agravo de Instrumento nº 1413606-42.2019.8.12.0000 – Rio Verde de Mato Grosso 65

Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação Cível nº 0800093-69.2015.8.12.0041 – Ribas do Rio Pardo 71

Direta de Inconstitucionalidade nº 1412566-25.2019.8.12.0000 79

Agravo de Instrumento nº 1415272-78.2019.8.12.0000 – Campo Grande 89

Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

Agravo de Instrumento nº 1416180-38.2019.8.12.0000 – Corumbá 95

Apelação Cível nº 0802267-09.2018.8.12.0021 – Três Lagoas 100

Apelação Cível nº 0818099-45.2018.8.12.0001 – Campo Grande 103

Relator Des. Dorival Renato Pavan

Apelação Cível nº 0800859-28.2014.8.12.0019 – Ponta Porã 111

Apelação Cível nº 0811045-98.2013.8.12.0002 – Dourados 121

Agravo de Instrumento nº 1405061-46.2020.8.12.0000 – Campo Grande 132

Relator Des. Eduardo Machado Rocha

Direta de Inconstitucionalidade nº 2001062-70.2019.8.12.0000 – Tribunal de Justiça 140

Apelação Cível nº 0821639-43.2014.8.12.0001 – Campo Grande 148

Apelação Cível nº 0800460-12.2017.8.12.0013 – Jardim 158

Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação Cível nº 0802322-51.2017.8.12.0002 – Dourados 167

Agravo de Instrumento nº 1403697-39.2020.8.12.0000 – Campo Grande 176

Agravo de Instrumento nº 1401272-39.2020.8.12.0000 – Campo Grande 179

Relator Des. Geraldo de Almeida Santiago

Apelação Cível nº 0839055-87.2015.8.12.0001 – Campo Grande 183
Agravo de Instrumento nº 1403197-70.2020.8.12.0000 – Campo Grande 191
Apelação Cível nº 0801662-63.2018.8.12.0021 – Três Lagoas 198

Relator Des. João Maria Lós

Agravo de Instrumento nº 1413238-67.2018.8.12.0000 – Campo Grande 205
Apelação Cível nº 0000780-46.2010.8.12.0044 – Sete Quedas 210
Apelação Cível nº 0808495-33.2013.8.12.0002 – Dourados 216

Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Agravo de Instrumento nº 2001137-12.2019.8.12.0000 – Camapuã 220
Apelação Cível nº 0803170-26.2013.8.12.0019 – Ponta Porã 226
Apelação Cível nº 0900025-07.2017.8.12.0026 – Bataguassu 230

Relator Des. Julizar Barbosa Trindade

Incidente de Arguição de Inconst. Cível nº 0822347-59.2015.8.12.0001/50000 – Campo Grande ... 235
Apelação Cível nº 0802104-77.2019.8.12.0026 – Bataguassu 263
Apelação Cível nº 0844348-04.2016.8.12.0001 – Campo Grande 269

Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação Cível nº 0807548-06.2018.8.12.0001 – Campo Grande 275
Apelação Cível nº 0840866-14.2017.8.12.0001 – Campo Grande 278
Agravo de Instrumento nº 1401475-98.2020.8.12.0000 – Dourados 283

Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

Apelação Cível nº 0800254-08.2016.8.12.0021 – Três Lagoas 286
Apelação Cível nº 0825656-20.2017.8.12.0001 – Campo Grande 292
Apelação Cível nº 0809288-59.2019.8.12.0002 – Dourados 299

Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

Apelação/Remessa Necessária nº 0826719-46.2018.8.12.0001 – Campo Grande 304
Apelação Cível/Remessa Necessária nº 0800788-66.2017.8.12.0004 – Amambai 311
Apelação / Remessa Necessária nº 0805360-53.2018.8.12.0029 – Naviraí 323

Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação Cível nº 0800756-36.2018.8.12.0001 – Campo Grande 333
Apelação Cível nº 0821205-49.2017.8.12.0001 – Campo Grande 338
Agravo de Instrumento nº 1404056-86.2020.8.12.0000 – Campo Grande 342

Relator Des. Nélio Stábile

Agravo de Instrumento nº 1412113-30.2019.8.12.0000 – Bonito 347
Apelação Cível nº 0825960-82.2018.8.12.0001 – Campo Grande 350
Apelação Cível nº 0800023-27.2019.8.12.0004 – Amambai 356

Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Agravo de Instrumento nº 1402969-95.2020.8.12.0000 – Campo Grande 360
Apelação Cível nº 0804647-51.2017.8.12.0017 – Nova Andradina 367
Apelação Cível nº 0801561-87.2012.8.12.0004 – Amambai 378

Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

Agravo de Instrumento nº 1400388-10.2020.8.12.0000 – Fátima do Sul 396
Apelação Cível nº 0813256-71.2017.8.12.0001 – Campo Grande 402
Apelação Cível nº 0800644-15.2016.8.12.0041 – Ribas do Rio Pardo 409

Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

Ação Rescisória nº 1408025-46.2019.8.12.0000 – Campo Grande 415
Agravo de Instrumento nº 1412585-31.2019.8.12.0000 – Campo Grande 430
Agravo de Instrumento nº 1401839-70.2020.8.12.0000 – Campo Grande 438

Relator Des. Vilson Bertelli

Apelação Cível nº 0800472-55.2016.8.12.0047 – Terenos 446
Apelação Cível nº 0808630-35.2019.8.12.0002 – Dourados 449
Apelação Cível nº 0800416-91.2017.8.12.0045 – Sidrolândia 452

Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

Remessa Necessária Cível nº 0810339-11.2019.8.12.0001 – Campo Grande 461
Apelação Cível nº 0002334-75.2011.8.12.0013 – Jardim 464
Agravo de Instrumento nº 1410820-25.2019.8.12.0000 – Coxim 470

Relator Juiz Luiz Antônio Cavassa de Almeida

Agravo de Instrumento nº 1414415-32.2019.8.12.0000 – Ivinhema 475
Agravo de Instrumento nº 2000230-03.2020.8.12.0000 – Paranaíba 480
Agravo de Instrumento nº 1404682-08.2020.8.12.0000 – Dourados 484

Jurisprudência Criminal

Relatora Desª. Dileta Terezinha Souza Thomaz

Apelação Criminal nº 0047456-06.2018.8.12.0001 – Campo Grande 489

Apelação Criminal nº 0003496-81.2011.8.12.0021 – Três Lagoas..... 498

Habeas Corpus Criminal nº 1406397-85.2020.8.12.0000 – Porto Murtinho..... 505

Relatora Desª Elizabete Anache

Apelação Criminal nº 0045454-63.2018.8.12.0001 – Campo Grande 520

Apelação Criminal nº 0000214-34.2017.8.12.0018 – Paranaíba 525

Apelação Criminal nº 0011208-41.2018.8.12.0001 – Campo Grande..... 530

Relator Des. Emerson Cafure

Apelação Criminal nº 0003803-78.2014.8.12.0005 – Aquidauana..... 537

Apelação Criminal nº 0028200-77.2018.8.12.0001 – Campo Grande 542

Agravo de Execução Penal nº 0007148-66.2011.8.12.0002 – Dourados..... 548

Relator Des. Jairo Roberto de Quadros

Apelação Criminal nº 0900030-29.2016.8.12.0005 - Aquidauana 553

Apelação Criminal nº 0900798-93.2018.8.12.0001 – Campo Grande 562

Apelação Criminal nº 0000045-05.2013.8.12.0045 – Sidrolândia 595

Relator Des. Jonas Hass Silva Júnior

Apelação Criminal nº 0021463-24.2019.8.12.0001 – Campo Grande 600

Apelação Criminal nº 0000072-93.2015.8.12.0052 – Anastácio 608

Apelação Criminal nº 0041152-54.2019.8.12.0001 – Campo Grande..... 612

Relator Des. José Ale Ahmad Netto

Habeas Corpus Criminal nº 1402613-03.2020.8.12.0000 – Campo Grande 622

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0057803-11.2012.8.12.0001/50000 Campo Grande... 627

Apelação Criminal nº 0001105-29.2019.8.12.0004 – Amambai 633

Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Apelação Criminal nº 0033793-58.2016.8.12.0001 – Campo Grande 640

Apelação Criminal nº 0000870-20.2016.8.12.0052 – Anastácio 650

Agravo de Execução Penal nº 0001747-34.2017.8.12.0016 – Dourados 654

Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação Criminal nº 0019335-07.2014.8.12.0001 – Campo Grande 659
Apelação Criminal nº 0002121-78.2016.8.12.0018 – Paranaíba 669
Apelação Criminal nº 0005305-67.2015.8.12.0021 – Três Lagoas 681

Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação Criminal nº 0001661-02.2017.8.12.0004 – Amambai 687
Habeas Corpus Criminal nº 1403813-45.2020.8.12.0000 – Campo Grande 693
Apelação Criminal nº 0001651-80.2016.8.12.0007 – Cassilândia 700

Relator Des. Zaloar Murat Martins de Souza

Mandado de Segurança Criminal nº 1413809-04.2019.8.12.0000 – Três Lagoas 704
Apelação Criminal nº 0000049-91.2016.8.12.0027 – Batayporã 714
Apelação Criminal nº 0002696-44.2011.8.12.0024 – Aparecida do Taboado 721

Relator em substituição legal Juiz José Eduardo Neder Meneghelli

Apelação Criminal nº 0000412-85.2015.8.12.0036 – Inocência 730
Apelação Criminal nº 0000905-75.2019.8.12.0051 – Itaquiraí 743
Apelação Criminal nº 0029107-86.2017.8.12.0001 – Campo Grande 761

Relator em substituição legal Juiz Lúcio R. da Silveira

Apelação Criminal nº 0000668-91.2016.8.12.0036 – Inocência 768
Apelação Criminal nº 0006849-53.2015.8.12.0001 – Campo Grande 774
Recurso em Sentido Estrito/Recurso ***Ex Officio*** nº 0001785-06.2015.8.12.0052 – Anastácio 781

Relator em substituição legal Juiz Waldir Marques

Habeas Corpus Criminal nº 1402775-95.2020.8.12.0000 – Campo Grande 791
Apelação Criminal nº 0000935-64.2018.8.12.0013 – Jardim 798
Apelação Criminal nº 0000027-89.2018.8.12.0018 – Paranaíba 808

Índice de Assuntos



Jurisprudência Cível

Ação Cautelar Antecedente

ICMS. Postergação de cobrança. Crise financeira. COVID-19. Impossibilidade. Juízo discricionário da administração. Lei específica para concessão de suspensão ou moratória. Art. 152 do CTN.

Agravo de Instrumento nº 1405061-46.2020.8.12.0000 – Campo Grande.....132

Ação Civil Pública

Compra de produtos de empresas de forma irregular. Art. 37, § 4° da Constituição Federal. Ato improbo caracterizado. Indisponibilidade de bens.

Apelação Cível nº 0000780-46.2010.8.12.0044 – Sete Quedas 210

Improbidade Administrativa. Dano ao erário. Servidores. Contribuições previdenciárias patronais. Descontos não repassados ao Instituto de Previdência. Penalidades.

Apelação Cível nº 0800460-12.2017.8.12.0013 – Jardim 158

Ação de Busca e apreensão

Supressão de instância. Alegação de cláusulas abusivas. Constituição em mora. Notificação extrajudicial.

Agravo de Instrumento nº 1402969-95.2020.8.12.0000 – Campo Grande.....360

Ação de Cobrança

Condomínio. Cumprimento de sentença. Penhora de imóvel gravado com alienação fiduciária. Possibilidade. Dívida de condomínio. Obrigação *propter rem*.

Agravo de Instrumento nº 1401272-39.2020.8.12.0000 – Campo Grande.....179

Ação de Indenização

Bloqueio de bens. Remoção. Veículos em nome de réu a disposição do juízo criminal. Crime de associação ao tráfico ilícito de entorpecentes. Possibilidade de perdimento dos bens para União.

Agravo de Instrumento nº 1415272-78.2019.8.12.0000 – Campo Grande.....89

Falha na prestação de serviço bancário. Depósito de numerário em caixa eletrônico. Fraude ao sistema. Excludente de responsabilidade civil por ato de terceiro. Reconhecida. Art. 14, § 3° do CDC.

Apelação Cível nº 0825960-82.2018.8.12.0001 – Campo Grande.....350

Furto de veículo no estacionamento de estabelecimento comercial. Responsabilidade objetiva. Deveres de segurança e cuidado.

Apelação Cível nº 0813256-71.2017.8.12.0001 – Campo Grande.....402

Inserção indevida do CPF do apelante como falecido nos sistemas SISOB e SISREG. Responsabilidade objetiva do notário. Ato ilícito configurado. Dano moral *in re ipsa* configurado.

Apelação Cível nº 0825656-20.2017.8.12.0001 – Campo Grande.....292

Morte por afogamento no lago do hotel. Equipamentos aquáticos sem condições de uso. Ausência de medidas protetivas de segurança. Culpa concorrente. Súmula 362 do STJ.

Apelação Cível nº 0844348-04.2016.8.12.0001 – Campo Grande 269

Ação de Inventário

Ação ajuizada por pessoa morta. Habilitação de herdeiro. Determinação de emenda à inicial. Decurso de prazo sem cumprimento.

Apelação Cível nº 0800023-27.2019.8.12.0004 – Amambai 356

Inventário do espólio da mãe encerrado em 1987. Formal de partilha não registrado no cartório de registro de imóveis. Falecimento superveniente do cônjuge meeiro. Inexistência de inventário dos bens deixados pelo pai. Ação de anulação de escrituras.

Agravo de Instrumento nº 1413606-42.2019.8.12.0000 – Rio Verde de Mato Grosso 65

Ação Direta de Inconstitucionalidade

Lei Municipal. Concessão de desconto em IPTU para empresas e munícipes que instalarem câmeras de videomonitoramento. Processo legislativo viciado. Ofensa aos princípios constitucionais. Inconstitucionalidade formal e material.

Direta de Inconstitucionalidade nº 1412566-25.2019.8.12.0000 79

Medida cautelar. Lei Municipal que criou o Fundo Especial de Fiscalização Ambiental. Vício de iniciativa. Art.128, § 5º da Constituição Federal. Suspensão do ato normativo. Possibilidade.

Direta de Inconstitucionalidade nº 2001062-70.2019.8.12.0000 – Tribunal de Justiça 140

Ação de Obrigação de Fazer

Compra e venda realizada pela internet. Teoria do risco do empreendimento. Cadeia de consumo. Responsabilidade solidária.

Apelação Cível nº 0824423-51.2018.8.12.0001 – Campo Grande 38

Licença paternidade. Prorrogação. Pai de gêmeos. Ausência de previsão legal. Princípio da legalidade estrita.

Apelação / Remessa Necessária nº 0805360-53.2018.8.12.0029 – Naviraí 323

Publicação de fotos em rede social. Rompimento. Afetação anímica no atual relacionamento. Proibição de publicação de fotos.

Agravo de Instrumento nº 1401475-98.2020.8.12.0000 – Dourados 283

Ação de Reintegração de Posse

Arrendamento mercantil. Pedido de conversão em ação executiva. Indeferimento. Ausente assinatura de testemunhas. Artigo 784, III do CPC.

Agravo de Instrumento nº 1400388-10.2020.8.12.0000 – Fátima do Sul 396

Servidão de passagem. Cadeado em porteira. Acesso utilizado amigavelmente por longos anos. Requisitos do Art. 927 do CPC. Esbulho configurado.

Apelação Cível nº 0800093-69.2015.8.12.0041 – Ribas do Rio Pardo 71

Ação de Responsabilidade Civil

Acidente de trânsito. Prova emprestada. Discordância. Perícia judicial.

Agravo de Instrumento nº 1404682-08.2020.8.12.0000 – Dourados 484

Ação de Restituição de Valores

Compra e venda. Contrato anterior à Lei 13.786/2018. Não incidência. Taxa de fruição. Terreno não edificado. Descabimento. Comissão de corretagem.

Apelação Cível nº 0821639-43.2014.8.12.0001 – Campo Grande 148

Ação de Usucapião

Usucapião tabular. Compra e venda averbada no registro imobiliário. Posse real e efetiva. Inexistência de boa-fé. Art. 1.242, parágrafo único, do Código Civil.

Apelação Cível nº 0811045-98.2013.8.12.0002 – Dourados 121

Ação Reivindicatória

Direito de retenção. Comprovação da boa-fé nas edificações. Acessão inversa. Inviabilidade. Apelo autoral desprovido. Resolução 232 do Conselho Nacional de Justiça. Inadmissibilidade.

Apelação Cível nº 0808495-33.2013.8.12.0002 – Dourados 216

Restituição. Bem de domínio público. Posse jurídica demonstrada. Ocupação irregular por particular. Mera detenção. Aplicação da Súmula 619 e 340 do STF.

Apelação Cível nº 0803170-26.2013.8.12.0019 – Ponta Porã 226

Agravo de Instrumento

Contrato bancário. Empréstimo para capital de giro. Não aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Agravo de Instrumento nº 1400926-88.2020.8.12.0000 – Campo Grande 33

Execução. Desconsideração da personalidade jurídica. Artigo 50 do Código Civil. Ausência dos requisitos. Teoria maior da desconsideração. Não comprovada.

Agravo de Instrumento nº 1401839-70.2020.8.12.0000 – Campo Grande 438

Litisconsorte. Inclusão. Matéria não impugnável por agravo de instrumento. Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, do CDC.

Agravo de Instrumento nº 1403197-70.2020.8.12.0000 – Campo Grande 191

Direito da gestante à acompanhante no parto. Medida excepcional em razão da pandemia COVID – 19. Indeferimento. Prevalência do direito da coletividade. Proteção à saúde.

Agravo de Instrumento nº 1404056-86.2020.8.12.0000 – Campo Grande 342

Penhora de crédito. Faturamento da empresa. Forma mais gravosa ao executado. Ausência de bens penhoráveis. Condição *sine qua non*. Não verificada.

Agravo de Instrumento nº 1412585-31.2019.8.12.0000 – Campo Grande 430

Registro de marcas e patentes. Uso da marca. Segurança jurídica. Direito de exclusividade. Irrelevância do tamanho da empresa.

Agravo de Instrumento nº 1413238-67.2018.8.12.0000 – Campo Grande 205

Apelação Cível

Aquisição de imóvel. Programa Minha Casa, Minha Vida. Responsabilidade solidária. Litisconsórcio passivo facultativo. Vício de construção ocultos. Perícia judicial. Dever da construtora indenizar os danos matérias e morais.

Apelação Cível nº 0800254-08.2016.8.12.0021 – Três Lagoas.....286

Contrato bancário. Apropriação de salário para satisfação de empréstimo. Impossibilidade.

Apelação Cível nº 0808630-35.2019.8.12.0002 – Dourados.....449

Morte de idoso em casa de acolhida. Responsabilidade subjetiva do ente público. Negligência verificada. Ingresso do idoso no local sem o devido registro. Dano moral configurado.

Apelação Cível nº 0809288-59.2019.8.12.0002 – Dourados.....299

Transporte aéreo. Extravio de bagagem. Voo internacional. Aplicação da Convenção de Varsóvia. Responsabilidade extracontratual. Súmula 54 Superior Tribunal Justiça.

Apelação Cível nº 0818099-45.2018.8.12.0001 – Campo Grande.....103

Ação Rescisória

Ação anulatória. Processo administrativo disciplinar. Desligamento do serviço público antes de cumprir os requisitos necessários à aposentadoria. Direito adquirido. Relações jurídicas distintas.

Ação Rescisória nº 1408025-46.2019.8.12.0000 – Campo Grande.....415

Cumprimento de Sentença

Contrato de locação comercial. Fiador. Bem de família. Penhorabilidade.

Agravo de Instrumento nº 1415015-53.2019.8.12.0000 – Dourados 30

Competência

Arrendamento rural. Cláusula de eleição. Validade. Ação de direito pessoal.

Agravo de Instrumento nº 1410820-25.2019.8.12.0000 – Coxim 470

Indenização. Declínio da competência. Acusação de práticas de supostos ilícitos cíveis e penais. Ofensa à honra. Ausência de hipótese elencadas no Art. 114, da Constituição Federal.

Agravo de Instrumento nº 1412113-30.2019.8.12.0000 – Bonito 347

Dano ao Erário

Contratação de advogado. Causa especial e experiência do contratado. Efetiva prestação do serviço. Interesse público caracterizado pela paz social e demarcação de terra indígena. Perda da propriedade de diversos contribuintes. Inexistência de dolo ou má-fé.

Apelação Cível nº 0800859-28.2014.8.12.0019 – Ponta Porã..... 111

Direito de Imagem

Divulgação de panfleto. Direito à livre manifestação do pensamento. Ausência de conteúdo ofensivo. Razoabilidade.

Apelação Cível nº 0802267-09.2018.8.12.0021 – Três Lagoas.....100

Embargos à Execução

Execução de título extrajudicial. Prescrição da pretensão executiva. Citação do fiador anos após a propositura da ação. Irrelevância. Art. 204, § 3° do Código Civil. Benefício de ordem.

Apelação Cível nº 0800644-15.2016.8.12.0041 – Ribas do Rio Pardo 409

Execução fiscal. Inovação recursal. Complementação. ISS. Serviços bancários. Interpretação extensiva.

Apelação Cível nº 0800472-55.2016.8.12.0047 – Terenos 446

Termo de ajustamento de conduta. Recuperação da área. Comprovado. Ônus da prova. Regularização do imóvel junto ao CARMS. Súmula 623 do STJ.

Apelação Cível nº 0804647-51.2017.8.12.0017 – Nova Andradina 367

Embargos de Terceiro

Ação coletiva de consumo. Restrição de veículo. Levantamento. Violação ao princípio da dialeticidade.

Agravo de Instrumento nº 1412635-57.2019.8.12.0000 – Campo Grande 49

Execução de Título Extrajudicial

Penhora sobre rendimento. Pensão alimentícia. Medida excepcional à regra da impenhorabilidade. Princípio da dignidade da pessoa humana.

Agravo de Instrumento nº 1403697-39.2020.8.12.0000 – Campo Grande 176

Honorários Periciais

Valor da perícia. Resolução 132/2006 do CNJ. Ausência de caráter vinculante. Desarrazoabilidade.

Agravo de Instrumento nº 2001137-12.2019.8.12.0000 – Camapuã 220

Improbidade Administrativa

Direcionamento de licitação. Irmão do membro da comissão. Modalidade convite. Câmara Municipal. Art. 28 da LINDB. Não revogação do Art. 10 da Lei 8.429/92. Sanções mantidas.

Apelação Cível nº 0800416-91.2017.8.12.0045 – Sidrolândia 452

Licitação. Empresa vencedora. Identidade de quadro societário. Desconsideração da personalidade jurídica. Não ocorrência. Violação ao princípio da moralidade administrativa. Não caracterizado.

Apelação Cível nº 0900025-07.2017.8.12.0026 – Bataguassu 230

Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade

Direito tributário. ICMS e alíquota adicional destinada ao fundo de combate e erradicação da pobreza. Princípio da seletividade. Essencialidade. Serviços de Telecomunicação.

Incidente de Arguição de Inconst. Cível nº 0822347-59.2015.8.12.0001/50000 – Campo Grande 235

Internação Compulsória

Inaplicabilidade da Lei 11.343/2006. Delimitação de prazo. Direito de informação. Medida restritiva de liberdade. Constragimento ilegal.

Agravo de Instrumento nº 2000230-03.2020.8.12.0000 – Paranaíba 480

Mandado de Segurança

Acesso à informação de interesse coletivo. Pedido formulado por Vereador. Gestão Municipal. Garantia constitucional. Art. 5°, XXXIII, da Constituição Federal.

Apelação Cível nº 0840866-14.2017.8.12.0001 – Campo Grande 278

Inventário por escritura pública. ITCD. Divergência quanto à base de cálculo. Bens imóveis.

Apelação Cível nº 0802104-77.2019.8.12.0026 – Bataguassu 263

Plano de Saúde

Negativa de cobertura de tratamento. Médico especialista. Resolução ANS. Rol exemplificativo. Abalo moral evidenciado.

Apelação Cível nº 0839055-87.2015.8.12.0001 – Campo Grande 183

Plano coletivo por adesão. Inadimplemento. Cancelamento do plano. Notificação prévia. Responsabilidade solidária.

Apelação Cível nº 0801662-63.2018.8.12.0021 – Três Lagoas 198

Recuperação Judicial

Homologação do plano de recuperação. Extinção das garantias. Impossibilidade. Súmula 581 do Superior Tribunal de Justiça.

Agravo de Instrumento nº 1414415-32.2019.8.12.0000 – Ivinhema 475

Recurso Adesivo

Embargos do devedor. Deserção. Duplicata mercantil sem aceite. Título de crédito causal. Ausência de prova. Ato atentatório à justiça. Multa.

Apelação Cível nº 0802322-51.2017.8.12.0002 – Dourados 167

Retificação de Registro Civil

Jurisdição voluntária. Inclusão do patronímico paterno. Possibilidade. Flexibilização da imutabilidade do registro público. Arts. 57 e 109, da Lei 6.015/73.

Apelação Cível nº 0807548-06.2018.8.12.0001 – Campo Grande 275

Reexame Necessário

Ação de obrigação de fazer. Disponibilização de professor de apoio. Procedência do pedido. Lei 13.146/2015.

Apelação Cível/Remessa Necessária nº 0800788-66.2017.8.12.0004 – Amambai 311

Mandado de segurança. Pagamento de tributo. Apreensão de mercadorias como meio de coação. Ilegalidade. Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal.

Remessa Necessária Cível nº 0810339-11.2019.8.12.0001 – Campo Grande 461

Restrição de percepção de verba indenizatória. Adicional de plantão. Vencimento base de até 2 salários mínimos. Violação ao princípio da irredutibilidade salarial. Princípio da simetria.

Apelação/Remessa Necessária nº 0826719-46.2018.8.12.0001 – Campo Grande 304

Saúde

Medicamentos *off label*. Possibilidade. Ineficácia dos medicamentos disponíveis pelo SUS. Responsabilidade solidária.

Apelação/Remessa Necessária nº 0800838-02.2016.8.12.0013 – Jardim 44

Seguro

Indenização securitária. Recusa injustificada do pagamento do seguro. Inadimplemento contratual. Falecimento do segurado. Dano moral. Cabimento.

Apelação Cível nº 0800756-36.2018.8.12.0001 – Campo Grande.....333

Testamento

Ação de nulidade de testamento. Tempestividade. Súmula 484 do Superior Tribunal de Justiça. Testador. Incapacidade não comprovada. Requisitos essenciais preenchidos.

Apelação Cível nº 0002334-75.2011.8.12.0013 – Jardim 464

Violação aos Princípios da Administração

Servidor do IAGRO. Desvio de valores de GTA'S. Prejuízo ao erário. Ato improbo evidenciado. Penalidade.

Apelação Cível nº 0801561-87.2012.8.12.0004 – Amambai.....378

Violação de Direito Autoral

Software. Busca e apreensão. Desinstalação de software. Legitimidade passiva do Município. Prejudicado. Art. 4°, da Lei 9.609/98.

Apelação Cível nº 0821205-49.2017.8.12.0001 – Campo Grande.....338

Violência Doméstica

Lei Maria da Penha. Sanções Cíveis. Competência da Câmara Cível. Medidas de cunho cautelar. Presença do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Art. 22, da Lei 11.340/06.

Agravo de Instrumento nº 1416180-38.2019.8.12.0000 – Corumbá.....95

Jurisprudência Criminal

Agravo em Execução Penal

Reeducando. Progressão de regime. Reincidente pela prática de crime hediondo ou a ele equiparado. Mantida a fração de 3/5. Incidência do inciso II do art. 112 da LEP, incluído pela Lei 13.964/2009.

Agravo de Execução Penal nº 0007148-66.2011.8.12.0002 – Dourados 548

Apelação

Disparo de arma de fogo. Preliminar de incompetência do juízo. Crime praticado por militar de folga. Incompetência da Justiça Militar Estadual.

Apelação Criminal nº 0028200-77.2018.8.12.0001 – Campo Grande 542

Furto. Inexpressiva lesão econômica. Destituída de periculosidade social. Aplicação do princípio da insignificância.

Apelação Criminal nº 0001651-80.2016.8.12.0007 – Cassilândia 700

Homicídio simples tentado. Redução da pena-base. Impossibilidade. Aumento da fração redutora da tentativa. *Iter criminis*. Regime fechado.

Apelação Criminal nº 0019335-07.2014.8.12.0001 – Campo Grande 659

Laudo toxicológico. Elaborado por perito oficial. Uso de reagente químico. Validade. Reincidência. Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. *Bis in idem*. Inexistente. Precedentes do STJ.

Apelação Criminal nº 0003496-81.2011.8.12.0021 – Três Lagoas 498

Apropriação Indébita

Preliminar de prescrição da pretensão punitiva. Afastada. Pleito absolutório. Impossibilidade. Almejada redução da pena-base. Motivação idônea.

Apelação Criminal nº 0002696-44.2011.8.12.0024 – Aparecida do Taboado 721

Crime de Falso Testemunho

Coação moral irresistível. Excludente da culpabilidade. Não demonstrada nos autos. Condenação mantida. Reincidente. Semiaberto mantido.

Apelação Criminal nº 0005305-67.2015.8.12.0021 – Três Lagoas 681

Crime de Responsabilidade

Prefeito. Artigo 1º, XIV, Decreto-Lei nº 201/67. Crime formal. Prova da autoria e materialidade. Condenação mantida.

Apelação Criminal nº 0900030-29.2016.8.12.0005 - Aquidauana 553

Crimes Hediondos

Execução penal. Progressão de regime. Fração destinadas aos reincidentes. Alterações da Lei nº13.964/19. Reincidência genérica. Lapso temporal de 3/5.

Agravo de Execução Penal nº 0001747-34.2017.8.12.0016 – Dourados 654

Crime Militar

Corrupção passiva. Relatórios de informações consistentes. Condenação. Continuidade delitiva reconhecida. Perda da graduação.

Apelação Criminal nº 0900798-93.2018.8.12.0001 – Campo Grande 562

Crime de relevante valor social ou moral. Corrupção passiva. Regime inicial de cumprimento da pena fechado. Pena acessória da perda prevista no Artigo 102 do COM.

Apelação Criminal nº 0041152-54.2019.8.12.0001 – Campo Grande 612

Violação de sigilo. Inquérito instaurado em decorrência de mensagem de texto enviada para pessoa investigada por outro crime. Acesso não autorizado. Ilicitude da prova configurada. Nulidade da ação penal.

Apelação Criminal nº 0045454-63.2018.8.12.0001 – Campo Grande 520

Direito Autoral

Violação. Princípio da insignificância. Impossibilidade. Extinção da punibilidade. Artigo 64, I, do Código Penal. Reincidente não específico. Súmula 502 do Superior Tribunal de Justiça.

Apelação Criminal nº 0000412-85.2015.8.12.0036 – Inocência 730

Embargos Infringentes

Receptação. Suspensão condicional do processo. Declaração de extinção de punibilidade. Possibilidade de revogação da benesse mesmo após o transcurso do prazo suspensivo.

Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0057803-11.2012.8.12.0001/50000 Campo Grande 627

Estelionato

Ação penal. Retroatividade da norma. Lei 13.964/2019. Princípio do tempus regit actum.

Apelação Criminal nº 0000905-75.2019.8.12.0051 – Itaquiraí 743

Falsidade Ideológica

Atestados. Concurso formal impróprio. Requisitos não preenchidos. Impossibilidade de reconhecimento de outro instituto não pedido pela acusação. Reformatio in pejus.

Apelação Criminal nº 0000072-93.2015.8.12.0052 – Anastácio 608

Exame de DNA. Insuficiência de provas. Inocorrência. Modus operandi. Valoração negativa mantida.

Apelação Criminal nº 0029107-86.2017.8.12.0001 – Campo Grande 761

Proibição de contratar com o poder público. Dolo confirmado. Condenação mantida. Substituição por prestação de serviços à comunidade.

Apelação Criminal nº 0000045-05.2013.8.12.0045 – Sidrolândia 595

Furto Qualificado

Rompimento de obstáculo. Reconhecimento pela sentença. Erro material. Multirreincidência. Reincidência. Circunstância judicial desfavorável. Súmula 269 do STJ. Inaplicabilidade.

Apelação Criminal nº 0000870-20.2016.8.12.0052 – Anastácio 650

Habeas Corpus

Pedido de prisão domiciliar humanitária. Viabilidade. Reeducando idoso portador de graves enfermidades. Excepcionalidade comprovada. Princípio da dignidade da pessoa humana.

Habeas Corpus Criminal nº 1403813-45.2020.8.12.0000 – Campo Grande 693

Revisão da prisão preventiva. Constrangimento ilegal. Inobservância da nova regra do Artigo 316, parágrafo único do Código de Processo Penal. Prazo de 90 dias previsto na norma. Inocorrência.

Habeas Corpus Criminal nº 1402613-03.2020.8.12.0000 – Campo Grande 622

Operação Omertà. Integrar organização criminosa armada. Corrupção ativa. Constituição de milícia privada. Tráfico de armas de fogo e extorsão. Regime disciplinar diferenciado.

Habeas Corpus Criminal nº 1402775-95.2020.8.12.0000 – Campo Grande 791

Homicídio Qualificado

Duplo homicídio. Duplamente qualificado. Motivo fútil e recurso que dificultou a defesa das vítimas. Anulação. Julgamento mantido. Confissão espontânea. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Apelação Criminal nº 0000935-64.2018.8.12.0013 – Jardim 798

Motivo fútil. Indígena. Ausência de intérprete. Nulidade. Inexistência. Domínio da língua portuguesa pela acusada. Atenuante da confissão espontânea. Agravante da ancianidade da vítima. Compensação ex officio.

Apelação Criminal nº 0001661-02.2017.8.12.0004 – Amambai 687

Tentativa de homicídio qualificado privilegiado. Erro de execução quanto à segunda vítima. Concurso formal de infrações. Art.65, III, alínea "c" do Código Penal. Incabível. Necessidade de individualização das penas em razão do concurso formal de infrações.

Apelação Criminal nº 0000027-89.2018.8.12.0018 – Paranaíba 808

Latrocínio

Forma tentada. *Emendatio libelli*. Intenção de matar a vítima evidenciada. Agravante e condenação mantidas.

Apelação Criminal nº 0000668-91.2016.8.12.0036 – Inocência 768

Mandado de Segurança

Crimes ambientais. Preliminares. Inépcia da denúncia. Almejado trancamento da ação penal. Impossibilidade. Justa causa evidenciada.

Mandado de Segurança Criminal nº 1413809-04.2019.8.12.0000 – Três Lagoas 704

Porte ilegal de arma de fogo

Aplicação do princípio da razoabilidade e da teoria do esquecimento. Reincidência configurada. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Ausência dos requisitos legais.

Apelação Criminal nº 0006849-53.2015.8.12.0001 – Campo Grande 774

Porte ilegal de arma fogo de uso permitido. Absolvição por inconstitucionalidade do tipo penal. Descabimento. Condenação mantida.

Apelação Criminal nº 0003803-78.2014.8.12.0005 – Aquidauana 537

Posse ilegal de arma de fogo de uso restrito. Crime permanente. Estado de flagrante delito. Condenação mantida. Numeração suprimida. Inaplicabilidade do Decreto n° 9.847/2019.

Apelação Criminal nº 0047456-06.2018.8.12.0001 – Campo Grande 489

Receptação Culposa

Objeto adquirido por valor muito inferior ao de mercado. Vendedor desconhecido. Documento em nome de terceiro alheio ao negócio. Distribuição do ônus da prova. Falsa identidade. Ocultar antecedentes penais. Reincidência. Condenação mantida.

Apelação Criminal nº 0033793-58.2016.8.12.0001 – Campo Grande 640

Recurso em Sentido Estrito

Pronúncia. Tentativa de homicídio qualificado. Exclusão das qualificadoras do motivo fútil e do feminicídio. Impossibilidade. Bis in idem. Não ocorrência. Possibilidade de coexistência.

Recurso em Sentido Estrito/Recurso ***Ex Officio*** nº 0001785-06.2015.8.12.0052 – Anastácio 781

Tráfico de Drogas

Associação para o tráfico. Fragilidade das provas. Acesso a dados armazenados em telefones celulares apreendidos. Quebra do sigilo telefônico. Ausência de autorização judicial. Inocorrência. Autorização dos proprietários.

Apelação Criminal nº 0002121-78.2016.8.12.0018 – Paranaíba.....669

Preliminar de nulidade do feito. Ilicitude de provas. Invasão de domicílio. Rejeitada. Condenação mantida. Pena-base irretorquível. Inaplicável tráfico privilegiado.

Apelação Criminal nº 0021463-24.2019.8.12.0001 – Campo Grande 600

Venda e exposição à venda de medicação. Artigo 237, § 1°-B do Código Penal. Aplicação analógica da pena referente ao crime de tráfico de drogas. Precedentes. Dosimetria da pena. Circunstâncias e consequências do delito.

Apelação Criminal nº 0000214-34.2017.8.12.0018 – Paranaíba.....525

Trânsito

Embriaguez ao volante. Condução de veículo sem habilitação. Princípio da consunção. Inaplicabilidade. Condutas autônomas. Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Princípio da simetria.

Apelação Criminal nº 0000049-91.2016.8.12.0027 – Batayporã 714

Violação de Sigilo Funcional

Crime militar. Fornecimento a terceiro de senha pessoal de acesso ao sistema integrado de gestão operacional. Prejuízo à Administração Militar. Condenação mantida.

Apelação Criminal nº 0011208-41.2018.8.12.0001 – Campo Grande 530

Violência Doméstica

Ameaça. Pedido absolutório. Inviável. Confissão parcial. Súmula 545 do Superior Tribunal de Justiça. Agravante da reincidência. Agravante do Artigo 61, II, inciso “h”, do Código Penal.

Apelação Criminal nº 0001105-29.2019.8.12.0004 – Amambai 633

Crime de incêndio. Descumprimento de medidas protetivas. Excesso de prazo para formação da culpa. Ausência de desídia judiciária. Pretendida a revogação da prisão preventiva. Ação penal em curso. Registo de ato infracional. Periculosidade evidenciada.

Habeas Corpus Criminal nº 1406397-85.2020.8.12.0000 – Porto Murtinho.....505