Revista Trimestral de Jurisprudência

TJMS

Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Ano 38 - n. 203
Janeiro a Março de 2017



Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul

Revista Trimestral de Jurisprudência

Ano 38 - n. 203 - Janeiro-Março de 2017

EXPEDIENTE

REVISTA TRIMESTRAL DE JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Ano 38, n. 203

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. 203 (2017)- . - Campo Grande: Tribunal de Justiça, 2017 - .

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

1. Jurisprudência – Mato Grosso do Sul. 2. Poder Judiciário – Mato Grosso do Sul. 3. Tribunal de Justiça. I. Título.

CDD 340.68171

Elaboração

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

Capa

Secretaria de Comunicação
Departamento de Relações Públicas

Composição do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul

Diretoria

Presidente - Des. Divoncir Schreiner Maran

Vice-Presidente - Des. Julizar Barbosa Trindade

Corregedor-Geral de Justiça - Des. Romero Osme Dias Lopes

Tribunal Pleno (em ordem de antiguidade)

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

Des. João Maria Lós

Des. Divoncir Schreiner Maran

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Des. Paschoal Carmello Leandro

Des. Julizar Barbosa Trindade

Des. Romero Osme Dias Lopes

Des. Carlos Eduardo Contar

Des. Sérgio Fernandes Martins

Des. Sideni Soncini Pimentel

Des. Dorival Renato Pavan

Des. Vladimir Abreu da Silva

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Des. Dorival Moreira dos Santos

Des. Marco André Nogueira Hanson

Des. Manoel Mendes Carli

Des. Ruy Celso Barbosa Florence

Des. Francisco Gerardo de Sousa

Des. Marcos José de Brito Rodrigues

Desª Maria Isabel de Matos Rocha

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Des. Eduardo Machado Rocha

Des. Marcelo Câmara Rasslan

Des. Amaury da Silva Kuklinski

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

Des. Vilson Bertelli

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

Des. Nélio Stábile

Des. Paulo Alberto de Oliveira

Des. Alexandre Bastos

Des. José Ale Ahmad Netto

Des. Jairo Roberto de Quadros

Des. Geraldo de Almeida Santiago

SUMÁRIO

Doutrina

CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CÓDIGO CIVIL:

A RELAÇÃO DIALÓGICA ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO PRIVADO

Gilberto Ferreira Marchetti Filho e Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira 007

IDENTIDADE GENÉTICA E ESTADO DE FILIAÇÃO: DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DISTINTOS

Gilberto Ferreira Marchetti Filho e Lívia Estevão Marchetti 023

Jurisprudência Cível 036

Jurisprudência Criminal 679

Noticiário 872

Índice Onomástico 957

Índice de Assuntos 963

DOUTRINA

Revista Trimestral de Jurisprudência
TJMS



CONSTITUIÇÃO FEDERAL E CÓDIGO CIVIL: A RELAÇÃO DIALÓGICA ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO PRIVADO

Constitución Federal y Código Civil: La relación de diálogo entre los derechos fundamentales y privadas

Gilberto Ferreira Marchetti Filho[1]

Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira[2]

Resumo: A relação dialógica entre os direitos fundamentais e o direito privado numa visão prospectiva tem por objeto apreender a questão essencial da interligação e consequências decorrentes dos diálogos entre direitos fundamentais e o âmbito dos direitos privados. Os direitos fundamentais apresentam-se como grande fonte de discussões, notadamente no tocante à sua aplicabilidade. Tais discussões ganham relevo quando se inclui a análise referente a eficácia nas relações privadas. Entender a relação entre Constituição e Código Civil é o primeiro pressuposto para se compreender a efetividade dos direitos fundamentais nas relações privadas e como isso deve se dar.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; relações privadas; eficácia direta.

Resumen: La relación de diálogo entre los derechos fundamentales y el derecho privado en una visión prospectiva se dedica a captar la interconexión y las consecuencias del diálogo entre estas esferas de Derecho. La aplicabilidad de los derechos fundamentales aparece como gran fuente de discusión, especialmente en lo que respecta a eficacia en las relaciones privadas. La comprensión de la relación entre la Constitución y el Código Civil es el primer requisito previo para la comprensión de la efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones privadas y la forma en que se debe dar.

Palabras clave: derechos fundamentales; relaciones privadas; eficacia directa.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais e sua efetividade têm importância destacada na cena jurídica nacional, notadamente na sua relação com o direito privado. Passados 28 anos da vigência da Constituição Federal de 1988 e 14 anos do Código Civil, ainda há discussões se os direitos fundamentais têm aplicabilidade e efetividade nas relações privadas – debates esses que não estão restritos ao ordenamento jurídico pátrio, mas que se estendem por outros sistemas jurídicos, registrando os debates iniciais que prosperam, neste sentido, no sistema jurídico alemão.

Parte desta concepção tem origem na pressuposição equivocada de que a Constituição Federal e Código Civil são estatutos separados e suas disposições regulam campos completamente distintos. Um, para regular a vida do cidadão político - o outro, para atender as necessidades da pessoa privada.

1 Mestrando em Processo Civil e Cidadania pela UNIPAR. Assessor Jurídico do TJMS. Professor de Direito Civil na UNIGRAN. Bolsista da Capes/Prosup. Email: gilbertomarchetti@gmail.com.

2 Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC. Mestre em Direito pela UEL. Professora dos Programas de Mestrado em Direito da Universidade de Marília e da UNIPAR. Advogada. Email: jussara@bflaw.adv.br.

Surge, então, a problematização do tema proposto. Estabelecer uma relação dialógica entre os direitos fundamentais e o direito privado em uma visão prospectiva, para assim entender a eficácia direta dos direitos fundamentais e sua atuação comunicativa em relação ao direito privado.

Portanto, o estudo tem por objetivo, analisar a relação comunicativa entre a Carta de Outubro e o Código Civil para enfrentar a complexidade relevante da efetividade dos direitos fundamentais em sede de relações privadas.

Para tanto, observando metódica dedutiva, sistêmica e axiológica, são pontuados o plano conceitual dos direitos fundamentais, sua abrangência e conteúdo para após, fazer uma verificação das estruturas dialógicas estabelecidas entre o Texto Constitucional e o Diploma Material Civil.

Firmado esses parâmetros iniciais, adentra-se especificamente no tema para estabelecer uma análise da atual forma de visualização da relação entre a Constituição da República e o Código Civil e a efetividade dos direitos fundamentais nas relações privadas.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: SIGNIFICADO, CONTEÚDO E ABRANGÊNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

De início, importa estabelecer três pontos norteadores da análise dos direitos fundamentais que, por abrangentes, não se tem por propósito aprofundamento da teoria geral, mas somente demarcar o essencial para a compreensão do tema proposto.

Sendo assim, primeiro se firmará um significado dos direitos fundamentais, para se compreender o seu conteúdo e, dessa forma, atentar para sua abrangência na ordem constitucional – denominada hodiernamente de neoconstitucional[3] – brasileira.

Por importante, ainda que de início, mas já adentrando ao campo proposto, deve-se destacar a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, "aqui considerados como posições jurídicas de qualquer pessoa humana, reconhecidas e tuteladas pelo direito positivo internacional"[4]. Direitos fundamentais "tem o mérito de aludir-se só às prerrogativas absorvidas pela ordem jurídico-positiva"[5] De forma expressa ou implícita constam no ordenamento jurídico. Essa diferenciação, alias, é clara na Carta de 1988.

Traçado esse diferencial, em específico, Canotilho afirma que os direitos fundamentais constituem uma categoria dogmática e seu sentido se expressa em três perspectivas: a) analítico-dogmática; b) empírico-dogmática; c) normativo dogmática.[6]

Na perspectiva analítico-dogmática, são analisados conceitos fundamentais inerentes à construção e investigação do sistema jurídico e sua relação com os direitos fundamentais, considerando ainda a ponderação nos conflitos entre direitos. Na concepção empírico-analítica, interessa saber a força normativa dos direitos fundamentais, tendo em conta sua eficácia nas três esferas – executivo, legislativo e judiciário. Por fim, na ótica normativo-dogmática, sobreleva a aplicação dos direitos fundamentais, no aspecto da interpretação e concretização desses direitos – ponto esse que interessa ao estudo.[7]

3 Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang, Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 13.

4 Ibidem. p. 17.

5 PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 194

6 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1253.

7 Idem.

No tocante ao seu significado, sob uma visualização constitucional – até porque não poderia ser diferente disso -, é certo que o constituinte originário assumiu que "os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição"[8]. Por isso, a própria Constituição veda qualquer reforma que objetiva aboli-los. Tanto é observável também pela relevância dos direitos fundamentais, porquanto tratados logo no início de seu texto com um título exclusivo – "dos direitos e garantias fundamentais".

Nesse sentido, sob o enfoque formal e material – sem adentrar especificamente nas peculiaridades de cada uma -, os direitos fundamentais são "os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material"[9].

Observa-se, porquanto, que os direitos fundamentais atentam tanto para o aspecto subjetivo da pessoa, marcada como ser único, individual, como no seu aspecto objetivo, considerando a pessoa com um ser social e institucional. E nisso se nota a presença das três perspectivas distinguidas por Canotilho. Isso porque os sistemas jurídicos hoje não podem deixar de lado a importância dos direitos fundamentais e sua análise na solução de conflitos–perspectiva analítico-dogmática. Também, cabe observar a normatividade dessa categoria de direito, no qual se deve pautar o Poder Constituído, nas suas três esferas - concepção empírico-analítica. E, por fim, sobreleva a aplicação e concretização dos direitos fundamentais tanto no campo individual, quanto coletivo - ótica normativo-dogmática.[10]

Consoante lição de Ingo Sarlet, os direitos fundamentais alcançam na previsão constitucional lugar específico e se referindo à posição das pessoas, assim determinadas:

São todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto constitucional e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).[11]

Delineado esse contorno, destaca-se que na teoria constitucional, os direitos fundamentais podem ser analisados sob duas dimensões: a objetiva e a subjetiva. Esta "se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, para os seus interesses, para a sua situação da vida, para sua liberdade"[12]. Já a objetiva tem em vista o significado daquela norma para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária.

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor aos seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueloutros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático.[13]

Frise-se que no Brasil, tem-se recepcionado a ideia de que a "função dos direitos fundamentais não se limita a serem direitos subjetivos, já que também representam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, que se projetam em todo o ordenamento jurídico"[14].

8 MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1.

9 MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Coimbra: Coimbra, 1998. t. IV, p. 7.

10 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1253.

11 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 80.

12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1256.

13 MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit. p. 2.

14 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (coords.). **Comentários à Constituição Federal do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013. p. 186.

Noutro falar, os direitos fundamentais se tornaram no âmbito da ordem constitucional, "um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas (e positivas) dos interesses individuais"[15].

Disso é possível extrair uma gama de funções e efeitos, tais como deveres de proteção estatal e o próprio reconhecimento da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais.[16]

Também efeito disso – considerado principal, diga-se de passagem -, a eficácia irradiante ou efeito de irradiação dos direitos fundamentais[17], ao qual está atrelada a constitucionalização do direito privado (leia-se, relações entre particulares), inclusive, como se verá -, além de exercerem uma função de complementação entre si.

Em termos gerais, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais significa que às normas que prevêem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende a perspectiva subjetiva, implicando, além disso, o reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais. É por isso que a doutrina costuma apontar para a perspectiva objetiva como representação também - naqueles aspectos que se agregaram às funções tradicionalmente reconhecidas aos direitos fundamentais – do reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais, que, por sua vez, pode ser aferido por meio das diversas categorias funcionais desenvolvidas na doutrina e na jurisprudência, integrantes da assim denominada perspectiva objetiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, o que, por si só, já aponta para uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais na ordem constitucional.[18]

Chegado a esse patamar de intelecção, é pacífico na cena jurídica que todos os direitos e garantias positivados na Carta de Outubro são fundamentais. "Em favor da opção expressa do Constituinte milita uma presunção em prol da fundamentalidade tanto dos assim designados direitos e deveres individuais e coletivos, quanto dos direitos sociais [...], dos direitos de nacionalidade e dos direitos políticos"[19].

Trata-se, pois, de uma opção do constituinte originário, que traz no mundo dos direitos a concepção de que todos os direitos e garantias insculpidos na Constituição da República são fundamentais.

Esse avanço do direito constitucional hoje resulta da "afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição[20] é o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões"[21].

Por essa razão que se tem a centralidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, acompanhando o desenvolvimento do direito constitucional, sobretudo na Europa, bem como ao percurso do Estado Liberal ao Estado Social, especialmente pós-2ª Guerra Mundial.[22]

Nesse referencial, importante também lembrar a problemática atinente à recepção de tratados subscritos pelo Estado Brasileiro no ordenamento jurídico nacional. Com efeito, por muito tempo a Corte Constitucional entendeu que os tratados eram recebidos como lei ordinária.

---

15 Idem.

16 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 18.

17 "No sentido de que estes, na sua condição de direitos objetivos, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e avaliação do direito infraconstitucional, implicando uma interpretação conforme os direitos fundamentais de todo o ordenamento jurídico" (*In:* CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (coords.). Op. cit. p. 186).

18 Idem.

19 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 77-96.

20 Essa importância que a Constituição de 1988 dá à proclamação dos direitos fundamentais pode ser percebida logo na leitura do seu Preâmbulo, que ergue um pilar ético-jurídico-político para a compreensão do texto constitucional.

21 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 135.

22 GIUDICELLI, Gustavo. Os Direitos Fundamentais na era da pós-(in)efetividade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** vol. 95/2016, p. 103-123, Abr-Jul 2016.

Tal forma de entender teve mudança significativa com a alteração promovida pela EC n. 45/2004 no § 3º do art. 5º, da Constituição. Agora, "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais."

Porém, outra dúvida permaneceu. E se essa natureza de tratado ou convenção não passou pela aprovação do Congresso Nacional?

Sobre o tema – aqui tratado de maneira superficial, apenas no que interessa ao estudo -, o Supremo Tribunal Federal, observando o disposto no art. 5º, § 2º da CF, chancelou "a hierarquia supralegal [...] dos tratados em matéria de direitos humanos"[23]. É um avanço, mas ainda deixa de considerar "os direitos humanos oriundos dos tratados internacionais como sendo autênticos direitos fundamentais, visto que submetidos a regime jurídico menos privilegiado"[24].

Traçados esses contornos iniciais de posicionamento sobre os direitos fundamentais, passe-se, pois, ao enfoque da aplicabilidade desses direitos, notadamente no direito privado.

2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E SUA RELAÇÃO COM O CÓDIGO CIVIL: OS MODELOS DE OUTRORA

2.1 A ideia ultrapassada da incomunicabilidade

Passadas décadas de vigência da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, ainda se discute sobre a relação entre um e outro, notadamente no campo dos direitos fundamentais.

Alias, esse debate iniciou-se exatamente com a vigência do atual Diploma Material Civil, pois até então pouco se discutia, até mesmo na Corte Constitucional brasileira.[25] Operadores do direito se negavam a aceitar – e alguns ainda rejeitam – a existência de uma relação entre Constituição Federal e Código Civil.[26] O que é, na atual posição jurídica nacional, grave, eis que para se pensar numa eficácia dos direitos fundamentais no direito privado é imprescindível o entendimento da comunicação dialógica entre um e outro.

É bem verdade que esse modelo da incomunicabilidade entre a Constituição e o Código Civil é antiga e remonta à própria origem da *Lex Fundamentalis*, que numa visão exposta por Ferdinand Lassalle, em 1862[27], nada mais era do que a incorporação num papel da "soma dos fatores reais do poder que regem uma nação", tornando-se, assim "verdadeiro direito"[28], o que ele chama de Constituição jurídica.

23 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 17.

24 Ibidem. p. 17-18.

25 SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Op. cit. p. 14.

26 MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 80.

27 Ferdinand Lassalle proferiu uma conferência numa associação liberal-progressista de Berlin em 16.4.1862, que resultou na obra *Über das Verfassungswesen* (A Essência da Constituição) (*In:* LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001). Em contraposição ao pensamento dele, Konrad Hesse escreveu a obra "A força Normativa da Constituição", onde defendia a ideia da eficácia concreta e plena da Constituição como Lei Fundamental, o que ele chamou de força normativa da Constituição (*In:* HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991).

28 LASSALLE, Ferdinand. Op. cit. p. 17-18. Para ele, a Constituição jurídica, aqui tratada como pedaço de papel, somente tem capacidade de regular e de motivar se compatível com a Constituição real, ou seja, com os fatores do poder de um pais. E, nessa falta de compatibilização, um papel sucumbirá diante do poder dominante.

Esse pensamento representava o que a Constituição era para época, ou seja, um texto de materialização do poder dominante, com questões políticas e não jurídicas e que, no conflito entre o poder e o texto, prevaleceria o poder.[29]

Disso tudo se extrai que o modelo da incomunicabilidade entre Constituição e Código Civil tem origem na dicotomia oposicionista entre Sociedade Civil e Estado. Aquela, formada por uma categoria individual de pessoa, no entendimento universal. Isto é, a pessoa como sujeito de direitos, substituindo a ideia de estados, que é trocado pelo singular e com início em maiúsculo ("Estado"). Essa forma de visão trouxe profundas consequências na relação entre Constituição e Código Civil, Direitos Fundamentais e Relações Interprivadas.[30]

Deveras, a Constituição Federal e Código Civil até a pouco tempo atrás[31] viviam em dimensões separadas, mundos paralelos, que não se tocavam, nem se interagiam sob o aspecto material. No formal, havia apenas o respeito à hierarquia das leis e das regras de validade e vigência da norma no tempo e espaço – mesmo porque, se assim não fosse, o texto civil seria, no mínimo, inconstitucional.

Por isso se chamava a Constituição como o "estatuto do Estado e do homem político"; enquanto o Código Civil seria "o estatuto da sociedade civil e do cidadão-proprietário". Em leitura simples, a Constituição como guarda do interesse público e do Estado, e o Código Civil como tratador dos interesses individuais e particulares.[32]

Nessa concepção, como dantes dito, vislumbrava-se a pessoa como sujeito de direitos, pura e simplesmente na igualdade formal e desligado da pessoa concreta. Na lógica rudimentar e literal do Art. 1º, do Código Civil - segundo o qual "toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil" – a pessoa sujeita de direito é universal, igual no sentido formal, unívoca, unidimensional e unidirecional.

O Direito privado então se apresenta como o direito posto à disposição dos privados, como sistema de reconhecimento e garantia de uma esfera de interesses, tantos morais quanto econômicos, sob a condição que a sua atividade não se desenvolva em contraste com aquelas normas de comportamento que o Estado põe para garantir a liberdade de todos e o ordenado desenvolvimento das relações sociais.[33]

Nessa cena, a relação entre Constituição e Código Civil era basicamente formal, hierarquizado. Não dialético, comunicativo[34]. E, por razões históricas, era praticamente impossível nisso se falar.

2.2 O uso da técnica da interpretação conforme a Constituição

O modelo de separação do direito privado e da Constituição evoluiu. A exigência da sociedade moderna e a presença de uma Constituição de natureza essencialmente democrática e social, impregnada de direitos fundamentais e com alta carga valorativa e principiológica não compactuava com a separação de outrora.

Nessa evolução, em primeiro momento, os juristas se utilizaram – e ainda utilizam - da técnica da interpretação conforme a Constituição, instrumento esse com forte influência alemã, na tradução literal *Verfassungskonforme Auslegung*.[35]

29 Idem.
30 MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 80.
31 Especialmente, há pouco menos de 13 anos, o que para a cena jurídica em questão é considerado curto espaço de tempo.
32 MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 81
33 Idem.
34 Idem.
35 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 301.

Importante, pois, traçar todo um contorno acerca da sistemática da interpretação constitucional para se achegar na sua aplicabilidade no direito privado.

Interpretar é determinar com precisão o real sentido de um texto, no caso em específico, da norma constitucional, procurando o significado dos seus conceitos jurídicos, extraindo assim a intenção do legislador constituinte.[36]

Mas não é só isso. A interpretação deixou de ser considerada tão-somente como um processo de descoberta dessa vontade do legislador. O interprete não é mais um mero aplicador da norma. Interpretar é, também, uma atividade criadora do Direito, onde intérprete constrói a inteligência da norma, observando sua "moldura". Pode, assim, alargar ou restringir a essência da norma para conformá-la ao ordenamento constitucional, evitando o reconhecimento de sua nulidade e, por conseguinte, a retirada da cena jurídica. Trata-se de verdadeira técnica de salvamento da norma.

Contornado de forma singela a interpretação da norma em geral, adentrando agora na interpretação constitucional, Konrad Hesse[37] desenvolveu num de seus trabalhos guias ou catálogos interpretativos da Constituição "direcionadas à maior consistência dos seus resultados, sob fórmula de princípios da interpretação constitucional"[38].

Sem minudenciar esse catálogo principiológico de Hesse – eis que não é objeto o estudo -, cumpre destacar apenas o importante para o tema: o princípio da interpretação das leis em conformidade com a Constituição.

O primeiro ponto a se esclarecer é que as leis nascem com a presunção de constitucionalidade. Por óbvio, "não se deve pressupor que o legislador haja querido dispor em sentido contrário à Constituição"[39].

Nessa linha, se uma norma infraconstitucional admite, pela sua amplitude semântica ou peculiaridades em específico, mais de um sentido interpretativo, deve-se priorizar aquele mais coerente com a Carta Magna.

Sob esse visual, interpretação das leis em conformidade com a Constituição é técnica hermenêutica que tem por finalidade evitar a retirada prematura de uma norma infraconstitucional do ordenamento jurídico que se mostra, numa análise superficial, em desconformidade com o texto constitucional.

Em outras palavras, "como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais"[40].

Diante dessa forma de visualização – repita-se, de forma singela, mas tratando apenas o que interessa no *quantum satis* -, o segundo ponto a observar é que tal princípio trabalha a ideia de controle de constitucionalidade interpretativo.

O princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição é fundamentalmente um princípio de controle (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autônoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a constituição.[41]

36 INTERPRETAÇÃO. *In:* DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2, p. 1033.

37 Konrad Hesse tratou sobre o tema em diversas obras, tais como Escritos de derecho constitucional da República Federal da Alemanha, Grundzüde des Verfassungsrechts, Grundzüde des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Esse catálogo foi incorporado por Canotilho no direito português, de onde ingressou na doutrina brasileira.

38 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 93.

39 Ibidem. p. 97.

40 BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 301.

41 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1226.

Portanto, essa forma de interpretação se justifica pela própria ideia de supremacia da Constituição, garantindo a segurança jurídica, posto que evita o vazio normativo decorrente da exclusão de uma norma do ordenamento sem necessidade.

Essa técnica se apresenta em três dimensões, segundo Canotilho[42]. A primeira trata da prevalência da constituição, pela qual, diante de várias interpretações possíveis de uma lei, deve-se optar por aquela que não contraria o texto ou programa da norma constitucional. A segunda refere-se à conservação das normas. Por ela, uma norma não pode ser considerada inconstitucional se puder ser interpretada em conformidade com a Constituição, observando sempre seu sentido e fins – princípio da conservação.[43]

Em último, a proibição da interpretação conforme a Constituição *contra legem.* Significa dizer que o interprete da lei "não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a constituição, mesmo através desta interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais"[44]. Logo, não é permitido ao aplicador subverter o sentido da norma[45]. Trata-se de limite da interpretação conforme a Constituição, ou seja, o próprio texto interpretado é o limite.[46]

Este princípio deve ser compreendido articulando todas as dimensões referidas, de modo que se torne claro: (*i*) a interpretação conforme a constituição só é legitima quando existe um espaço de decisão (= espaço de interpretação) aberto a várias propostas interpretativas, umas em conformidade com a constituição e que devem ser preferidas, e outras em desconformidade com ela; (*ii*) no caso de se chegar a um resultado interpretativo de uma norma jurídica em inequívoca contradição com a lei constitucional, impõe-se a rejeição, por inconstitucionalidade, dessa norma (= competência de rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais pelos juízes), proibindo-se a sua correcção pelos tribunais (= proibição de correcção de norma jurídica em contradição inequívoca com a constituição); (*iii*) a interpretação das leis em conformidade com a constituição deve afastar-se quando, em lugar de resultado querido pelo legislador, se obtém uma regulação nova e distinta, em contradição com o sentido literal ou sentido objectivo claramente recognoscível da lei ou em manifesta dessintonia com os objectivos pretendido pelo legislador.[47]

Portanto, se a lei, dentro de suas várias interpretações, mas sem alterar seu sentido, for inevitavelmente incompatível com a Constituição, deve ser declarada inconstitucional.

Chegado a esse patamar de intelecção, percebe-se que o uso da técnica da interpretação conforme a Constituição tem finalidade e regras específicas, não podendo ser utilizada indistintamente. Não se presta, pois, a estabelecer apenas um sistema integrativo entre Constituição e Código Civil, mas de dar sentido constitucional à norma, quando isso for possível.

Por conseguinte, a aplicação da interpretação conforme a Constituição não serve como parâmetro para se estabelecer uma relação comunicativa entre Constituição e Código Civil, salvante quando há nele norma que expressa um sentido conflitante com a Lei Fundamental. Nesse ponto sim, tem utilidade a interpretação conforme, para dar sentido constitucional à norma.

---

42 Idem.

43 Pensando no tema, o STF firmou posicionamento no sentido de que "toda vez que a norma atacada viabiliza dupla interpretação, cumpre adotar a teoria que revela o sentido harmônico com a Carta da República" (*In:* STF. ADI 4726 MC/AP. Rel. Min. Marco Aurélio. Data do julgamento: 11 fev. 2015).

44 Idem.

45 Nesse enfoque, o STF já decidiu, pela relatoria do Min. Moreira Alves que "a aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF - em sua função de Corte Constitucional - atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo" (*In:* Rp 1417/DF. Rel. Min. Moreira Alves). Na ADPF n. 130, de relatoria do Min. Carlos Britto, ficou também assentado que "a técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria" (*In:* STF. ADPF n. 130/DF. Rel. Min. Carlos Britto. Data do julgamento: 30 abr. 2009).

46 BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 301.

47 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1226.

Nesse ser assim, a técnica da interpretação conforme tem usa aplicabilidade, mas de forma restrita. Não serve para compreender toda a abrangência da relação entre a Constituição Federal e o Código Civil, diante da atual efetividade que direitos fundamentais.

3 A Relação Dialógica entre os Direitos Fundamentais e o Direito Privado em umaVisão Prospectiva:

A eficácia direta dos direitos fundamentais e sua atuação comunicativa com o direito privado

Não há mais como negar a atuação da Constituição em todos os campos do direito – pensar diferente disso é negar vigência à própria Constituição -.

Para compreensão do tema, necessário entender que a concepção unidimensional dos direitos fundamentais não guarda mais espaço diante da evolução da sociedade moderna. Por isso a mudança necessária na eficácia dos direitos, a fim de atender essa nova realidade.

Essa mudança foi impulsionada por três fatores: a) sociológico; b) jurídico-dogmático; e hermenêutico.[48]

O fator sociológico refere-se à "transformações qualitativas na vida social provocadas pela sociedade de massas"[49]. Nela, não há como manter um padrão único de liberdade individual e social. Há que se analisar a uma diversidade de fatores que se criou pela massificação da sociedade. A liberdade formal hoje é uma ficção para a maioria das pessoas, portanto, não basta. O poder econômico, que atua nas sombras, sem face, retira essa liberdade da contraparte e interfere em direitos básicos da pessoa, ameaçando sua liberdade e bens jurídicos, como vida privada, intimidade e imagem[50].

Por isso, a necessidade cada vez maior da positivação de direitos, como forma de garantir proteção a essas particularidades da pessoa. Nisso se tem o segundo fator: o jurídico-dogmático.

A construção de normas jurídicas protetivas é tarefa do Estado-legislador, administrador e juiz, seja na criação das leis (legislador), na sua implementação e fiscalização (executor) ou na sua concretização na esfera individual da pessoal (julgador).[51]

Aliás, essa concretização dos direitos na esfera individual da pessoa muda a ideia interpretativa da norma, ultrapassando o modelo savignyano, para a instituição de um novo, baseado no verdadeiro "valor-fonte" do ordenamento jurídico[52], ou seja, a pessoa humana, com dignidade[53] reconhecida pela Carta de Outubro. Dignidade essa colocada como fundamento da República Brasileira (CF, art. 1º, III)[54].

48 MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 82.

49 Idem.

50 Nesse sentido, Sarlet assevera que "as relações entre particulares são cada vez mais marcadas pelo exercício de poder econômico e social, portanto não afastam situações de evidente desequilíbrio de poder entre os atores sociais e uma verticalidade similar e por vezes até mesmo mais evidente do que a encontrada nas relações entre o particular e o Estado" (*In:* SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 23).

51 MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 82.

52 Ibidem. p. 82-83.

53 A propósito, difícil é a tarefa de conceituação do que vem a ser a dignidade da pessoa humana. "Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por uma 'ambiguidade e porosidade'" (*In:* SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. v. 9/2015, p. 345-374, ago). Para além disso, a própria natureza polissêmica da expressão agrava essa dificuldade. Deveras, "o princípio da dignidade da pessoa humana parece pertencer àquele lote de realidades particularmente avessas à claridade, chegando a dar a impressão de se obscurecer na razão directa do esforço despendido para o clarificar" (*In:* ALEXANDRINO, José de Melo. **Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções**. Estudos em honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina, 2008. v. I, 481).

54 Sobre isso, Sarlet afirma: "O constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guindando-a, consoante já frisado, à condição de princípio (e valor) fundamental (art. 1.º, III, da CF/1988), muito embora a inclusão – no que diz com a terminologia adotada pela Constituição Federal – no Título dos princípios fundamentais, não afasta a circunstância de que a dignidade, em diversas situações, no campo do direito, atua como regra jurídica, em outras palavras, como fundamento de regras jurídicas" (SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit.).

Trazendo para o campo do Direito Privado, o Código Civil de 2002 contém em seu texto alta carga desses fatores. Seja pela função social da propriedade e do contrato, seja pela boa-fé objetiva nas relações negociais. Mas é no campo da positivação dos direitos da personalidade que essa visualização ganha maior evidência.

Aquela visão de outrora da pessoa transforma-se em uma nova. A pessoa como sujeita de direito pura e simplesmente deixa de existir. Há a humanização do conceito de pessoa; passa-se a observá-la na sua individualidade. "Buscam-se pessoas concretas, os seres humanos de carne e osso, tão fundamentalmente desiguais em suas possibilidades, aptidões e necessidades quanto são singulares em sua personalidade, em seu 'modo de ser' peculiar"[55].

Em outras palavras, a pessoa agora não é vista como universal, igual (igualdade formal), unívoca, unidimensional e unidirecional. A pessoa é analisada no seu aspecto mais humano: é singular, desigual (igualdade material), única[56]. E o direito deve respeitar e atentar para essa singularidade existencial da pessoa. Não apenas como sujeita de direitos, mas como ser que tem suas necessidades básicas, anseios, pretensões individuais, desejos exclusivos de cada um.

Nesse campo, a importância impar da positivação no Código Civil dos direitos da personalidade mostra essa humanização do conceito da pessoa, construindo uma verdadeira ponte entre o público e o privado. Cria-se um novo princípio: o do livre desenvolvimento da personalidade.[57]

A partir do momento que se vislumbra essa mudança na forma de pensar dos direitos fundamentais, é lógica a conclusão da impossibilidade de imaginar o direito privado sem a atuação dos direitos fundamentais.

Com efeito, não há mais como conceber o direito privado desligado dos direitos fundamentais, como se ambos vivessem em mundos paralelos.

Para uma melhor compreensão, deve-se partir da premissa de que a Constituição – como monumento das garantias fundamentais - é a lei fundamental e basilar do ordenamento jurídico e, assim, irradia-se para as demais normas postas. Simetricamente, essas normas estabelecem com a Constituição um diálogo constante de verificação, muito além de uma simples relação subordinativa de normas, mas sim numa relação dialógica de interação normativa que torna o ordenamento jurídico coerente e consonante com sua real finalidade – valor-fonte: o bem estar da pessoa, não como sujeita de direito, mas como ser humanizado, individual e desigual.

Trilhando nisso é que se pode compreender a interação existente entre a Constituição Federal e o Código Civil. Não apenas como uma questão de hierarquia das normas, mas numa relação dialógica comunicativa que se estabelece e que traz o real sentido que se deve ter das relações privadas hoje, compostas por pessoas no seu conceito mais complexo, muito além do simples sujeito de direitos, como já dito. "A ordem jurídica civil não pode deixar de compreender-se dentro da ordem constitucional: o direito civil não é matéria extraconstitucional, é matéria constitucional"[58].

Chegado a esse patamar de investigação, é fácil compreender que os direitos fundamentais têm aplicabilidade nas relações privadas, "sob o rótulo genérico de uma eficácia 'privada' ou de uma eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas"[59]. Essa compreensão evidencia "a possibilidade de extração de efeitos jurídicos das normas de direitos fundamentais, de tal sorte que a eficácia jurídica sempre pressupõe um efeito vinculativo"[60]. Surge, então, a discussão se essa eficácia é direta ou indireta.

55 MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 83.

56 Idem.

57 Ibidem. p. 83-84.

58 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1288. Continua ele afirmando que "com isto não se pretende transformar a Constituição em supercódigo e reduzir o direito civil a um simples direito constitucional concretizado".

59 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 22.

60 Idem.

Pela teoria da eficácia indireta ou mediata, "os direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indirecta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade exercer-se-ia *prima facie* sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados"[61]. Ou seja, para a eficácia dos direitos fundamentais, depender-se-ia de uma atuação legiferante do Estado-legislador.

Por sua vez, a teoria da eficácia direta ou imediata traz a ideia de que aqueles direitos, garantias e liberdades "aplicam-se obrigatória e directamente no comércio jurídico entre entidades privadas (individuais ou colectivas). Teriam, pois, uma eficácia absoluta, podendo os indivíduos, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos"[62].

Antes de se adotar uma ou outra teoria, deve-se anotar que essa problemática só se põe aos direitos fundamentais onde o Estado não é o sujeito passivo. Isso porque em relação ao Estado, o que se tem é a eficácia vertical dos direitos fundamentais, onde já se encontra pacífico que a aplicabilidade é direta.

O problema surge quando "os direitos fundamentais deixam de ser apenas efeitos verticais perante o Estado para passarem a ser efeitos horizontais perante entidades privadas (efeito externo dos direitos fundamentais)"[63].

A Constituição Portuguesa – diversamente da *Grundgesetz* Alemã[64] - "consagra inequivocamente a eficácia imediata em relação a entidades privadas (art. 18.º/1)"[65]. Por sua vez, a Carta de Outubro estabelece no art. 5º, § 1º, que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". O texto não diferencia situações. Muito menos distingue aplicabilidade vertical e horizontal. É sucinto e preciso em afirmar que a aplicação dos direitos fundamentais é direta, imediata.

A Constituição Federal brasileira de 1988 expressamente dispôs que as normas definidoras de direitos a garantias fundamentais têm aplicação imediata. Isto tem sido considerado, pela doutrina majoritária como uma inequívoca decisão em favor de uma eficácia direta das normas de direitos fundamentais, no sentido de que todos os órgãos estatais estão obrigados a assegurar a maior efetividade e proteção possível aos direitos fundamentais. Tal obrigação, por sua vez abrange a garantia da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais em todos os setores da ordem jurídica e da vida social de um modo geral.[66]

Por tal motivo, a doutrina majoritária, seguida pelo Supremo Tribunal Federal, "tem reconhecido que a obrigação de aplicação imediata das normas de direitos fundamentais também abrange uma eficácia e aplicabilidade direta na esfera das relações entre particulares"[67].

Ganhou alento a percepção de que os direitos fundamentais possuem uma feição objetiva, que não somente obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais, mas que também o força a fazê-los respeitados pelos próprios indivíduos, nas relações entre si. Ao se desvendar o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, abriu-se à inteligência predominante a noção de que esses direitos, na verdade, exprimem os valores básicos da ordem jurídica e social, que devem ser prestigiados em todos os setores da vida civil, que devem ser preservados e promovidos pelo Estado como princípios estruturantes da sociedade. O discurso majoritário adere, então, ao postulado de que "as normas sobre direitos fundamentais apresentam, ínsitas a elas mesmas, um comendo de proteção, que obriga o Estado a impedir que tais direitos sejam vulnerados também nas relações privadas".[68]

61 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1287.

62 Ibidem. p. 1286-1287.

63 Ibidem. p. 1287.

64 Nela, consta somente que os direitos fundamentais vinculam com eficácia direta os poderes legislativo, executivo e judicial. Mas não se refere à essa eficácia nas relações privadas (*In:* Ibidem. p. 1288).

65 Idem.

66 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 25.

67 Idem.

68 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 176.

Contudo, ainda existem aqueles que defendem a posição oposta, de eficácia indireta. Nem mesmo em Portugal, onde há a expressa menção da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, existe esse consenso.

Por óbvio, não se defende aqui uma aplicabilidade irrestrita e absoluta, como se as relações privadas fosse equiparadas às relações públicas. A "eficácia imediata em relação a entidades privadas dos direitos fundamentais não pretende que os titulares dos direitos, colocados numa situação de igualdade nas relações verticais com o Estado"[69]. Em razão disso, essa efetividade direta deve considerar a especificidade do direito privado, sob pena de simplesmente desestabilizar toda a ordem econômica posta, considerando que as relações privadas são sua base.[70]

O problema é saber até onde esses direitos fundamentais devem atuar no campo do direito privado. Isso levou Canotilho a descrever que "o problema da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada tende hoje para uma superação da dicotomia eficácia mediata/eficácia imediata a favor de soluções diferenciadas"[71].

Reconhece-se, desde logo, que a problemática da chamada "eficácia horizontal" se insere no âmbito da função de protecção dos direitos fundamentais, ou seja, as normas consagradoras dos direitos, liberdades e garantias e direitos análogos constituem ou transportam princípios de ordem objetiva – em especial, deveres de garantia e de protecção do Estado – que são também eficazes na ordem jurídica privada (K. Hesse). Esta eficácia, para ser compreendida com rigor, deve ter em consideração a multifuncionalidade ou pluralidade de funções dos direitos fundamentais, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante o "referente" de direito fundamental que estiver em causa no caso concreto.[72]

Logo, "a eficácia social dos direitos fundamentais, como fenômeno complexo, exige a consideração coordenada de uma multiplicidade de aspectos fáticos e técnicos-jurídicos" [73], de modo que apenas um regramento suficientemente diferenciado se mostra apto a solucionar as diversas faces do problema.

Caminhando-se, então, nessa linha de pensamento, tem-se que a solução constitucional adequada somente será obtida com a análise das circunstâncias do caso concreto e as particularidades do direito fundamental em jogo com seu campo de proteção, juntamente com uma interpretação metódica e adequada na solução de conflitos entre direitos fundamentais. E isso não exclui a ideia defendida da eficácia direta dos direitos fundamentais.[74]

Da mesma forma, "ao se afirmar uma eficácia dita *prima facie*, não se está a sustentar uma eficácia necessariamente forte ou mesmo absoluta, mas uma eficácia e vinculação flexível e gradual"[75]. E essa graduação está exatamente nos deveres protetivos do Estado.

Os Direitos Fundamentais se apresenta numa multiplicidade de efeitos. Isso porque, se de um lado tais direitos se apresentam na forma defensiva, protegendo a pessoa contra a atuação abusiva do Estado, trazendo-lhe deveres de abstenção; do outro mostra sua nova face com efeitos positivos, impondo ao Poder Público o dever de proteção, consistente na obrigação que o Estado tem de adotar medidas protetivas e de promoção do exercício das liberdades civis e dos demais direitos fundamentais.[76]

69 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 1289.
70 Idem.
71 Idem.
72 Idem.
73 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 27.
74 Idem.
75 Ibidem. p. 28.
76 MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit. p. 84.

Assim, "fica claro que os direitos fundamentais não compelem os indivíduos da mesma forma e na mesma intensidade com que se impõem como normas diretoras das ações dos Poderes Públicos"[77].

É exatamente essa nova função que "se põe na relação entre particulares, inclusive, quando num dos pólos apresenta-se alguém numa posição mais fragilizada em comparação com o outro"[78]. Esses deveres de proteção trazem um tratamento diferente aos direitos fundamentais no direito privado.

Isso pode ser observado em diversos aspectos dentro e fora do Código Civil, especialmente em diversas decisões dos Tribunais Superiores.

O caso mais emblemático e o primeiro a tratar do assunto expressamente foi o discutido no Recurso Extraordinário n. 201819/RJ, que retratava o caso de afastamento de associado sem o devido processo legal[79]. Ali ficou assentado que "as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado"[80] e, por isso, "vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados"[81].

Na ocasião, Gilmar Mendes assentou que os associados têm direitos fundamentais que devem ser respeitados pela associação. Por isso, exclusão de associado sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional viola direitos fundamentais.[82]

No mesmo sentido, o texto do art. 57, alterado pela Lei 11.127/2005, traz a garantia da ampla defesa e do contraditório expressamente para exclusão de associado, que somente se dará havendo justa causa.

Outro tema que merece destaque é a proibição da prisão civil do depositário infiel. Trata-se do reconhecimento da eficácia de direito insculpido em tratado internacional e que a Corte Constitucional recepcionou – embora não expressamente[83] -, como direito fundamental, editando a Súmula Vinculante n. 25, pela qual "é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito".[84]

Tantos outros temas decididos pelos Tribunais Superiores[85] mostram a atribuição da eficácia direta dos direitos fundamentais das relações privadas, algumas com maior grau de atuação, outras com menor.

Esses deveres protetivos do Estado nas relações privadas também podem ser vistos no Código Civil, quando trata dos direitos da personalidade e sua proteção, nos Arts. 20 e 21 do Código Civil.

77 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit. p. 178.

78 Idem.

79 SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 30.

80 STF. RE n. 201819/RJ. Rel. Min. Gilmar Mendes. Data do julgamento: 11 out. 2005.

81 Idem.

82 Idem.

83 Nos diversos julgados que tratam do tema, o STF colocou a recepção do tratado apenas como direitos humanos. Porém, não se pode esquecer que, direitos humanos versados em tratados internacionais, uma vez recepcionados como norma constitucional – como é o caso – tornam-se verdadeira norma de direito fundamental, até mesmo pelo próprio conceito e diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais.

84 Nesse sentido, confira-se: "*HABEAS CORPUS* - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - HIERARQUIA CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS - PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. - Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trate-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. [...]" (*In:* STF. HC n. 90450/MG. Rel. Min Celso Mello. Data do julgamento: 23 set. 2008).

85 Outros temas onde se encontram a eficácia direta dos direitos fundamentais: direito à moradia e o devedor solteiro, fiador e o bem de família *versus* direito à moradia, planos de saúde e necessidade de tratamento médico.

Também se mostra na imposição da observância à função social do contrato e na boa-fé objetiva, tanto na celebração quanto na sua execução (Arts. 421 e 422). Ou ainda, na relativização do direito de propriedade, com a função social a ela atribuída (Art. 1.228, § 1º).

Portanto, o Direito Civil não é e nem pode ser visto como no século passado. As transformações sociais impõem um modo de pensar diferenciado.

Para captar transformações pelas quais perpassa o Direito Civil contemporâneo, há lugar (especialmente com a vigência e a prática do Código Civil de 2002) para uma nova introdução que se proponha a reconhecer a travessia em curso e que se destine a um olhar diferenciado sobre as matérias que compõem o objeto de análise. Clara premissa que instiga a possibilidade de reconhecer que o reinado secular de dogmas, que engrossaram as páginas de manuais e que engessaram parcela significativa do Direito Civil começa a ruir. Trata-se de captar os sons dessa primavera em curso, com os efeitos da nova codificação civil.[86]

Nessa ordem de ideias, é imprescindível captar as mudanças vivenciadas pelo direito brasileiro desde 1988 e, principalmente a partir de 2002 com o Código Civil no âmbito das relações privadas. É preciso sentir a evolução e quebrar as barreiras dantes firmadas para se perceber a visão prospectiva da relação dialógica entre a Constituição da República e o Código Civil e, assim, entender a eficácia direta dos direitos fundamentais e sua atuação comunicativa com o direito privado.

Considerações Finais

Os direitos fundamentais têm uma importância impar na cena jurídica atual. Mais do que um simples contexto normativo, tais direitos se apresentam como verdadeiras garantias da pessoa insculpidas na Constituição Federal.

A par disso, a ideia da incomunicabilidade da Constituição e do Código Civil deve ser superada para se ter uma visão de comunicação dialógica entre um e outro. Não como um mero trabalho interpretativo – interpretação conforme a constituição – ou como uma relação de hierarquia e subordinação de normas – constituição/código civil -, mas como irradiação da Constituição sobre as relações privadas reguladas pelo Código Civil e o estabelecimento de uma relação de diálogo entre ele e o texto constitucional.

Não há mais espaço na sociedade pós-moderna para uma visão fechada onde Constituição e Código Civil vivem em universos paralelos e distintos. Há a necessidade premente de quebrar esse paradigma e estabelecer uma visão prospectiva: a comunicabilidade entre a Constituição e o Código Civil, entre os direitos fundamentais e o direito privado.

Nesse ser assim, a aplicabilidade dos direitos fundamentais ultrapassa o âmbito das relações puramente públicas – eficácia vertical. A ideia da comunicabilidade traz necessariamente a premissa de que os direitos fundamentais incidem nas relações privadas.

Mas não é só. Essa incidência é direta e imediata, não dependendo da atividade legiferante para ter atuação no âmbito do direito privado.

É bem verdade que a eficácia dos direitos fundamentais no direito privado não deve ser irrestrita e absoluta, mas deve atentar para os princípios e função do direito privado, deve considerar a especificidade do direito privado, ser flexível e gradual.

86 FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil.** 3. ed. São Paulo: Renovar, 2012. p. 1-2.

Logo, essa aplicabilidade deve ser apropriada e apenas será atingida com a análise das circunstâncias do caso concreto e as particularidades do direito fundamental em jogo com seu campo de proteção, adida a uma interpretação efetiva na resolução de conflitos entre direitos fundamentais, para se garantir uma solução constitucional adequada.

Deve haver, portanto, nessa aplicação direta, uma gradação que se traduz nos deveres protetivos do Estado, notadamente, do Estado-juiz, na proteção e adequação desses direitos nas relações privadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, José de Melo. **Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções**. Estudos em honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina, 2008. v. I.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direitos Civil Constitucional.** 3. ed. São Paulo: RT, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (coords.). **Comentários à Constituição Federal do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (org.). **Doutrinas Essenciais. Direito Constitucional:** teoria geral da Constituição. São Paulo: RT, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil.** 3. ed. São Paulo: Renovar, 2012.

GIUDICELLI, Gustavo. Os Direitos Fundamentais na era da pós-(in)efetividade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** vol. 95/2016, p. 103-123, Abr-Jul 2016.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Coimbra: Coimbra, 1998. t. IV.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Carmen Lucia Silveira; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; GEDIEL, José Antônio Peres; FACHIN, Luiz Edson; MORAES, Maria Celina Bodin de (org.). **Diálogos sobre Direito Civil.** São Paulo: Renovar, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang, Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. v. 9/2015, p. 345-374, ago.

IDENTIDADE GENÉTICA E ESTADO DE FILIAÇÃO: DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DISTINTOS

Genetic Identity And State Of Membership: Personal Different Rights

Gilberto Ferreira Marchetti Filho[1]

Lívia Estevão Marchetti[2]

Resumo: Novos paradigmas sociais clamam novas visões jurídicas. Nesse novo cenário a filiação biológica perdeu seu sentido ante o estado de filiação socioafetivo elevado a categoria constitucional com a Carta Magna de 1988. Contudo, o direito de cada indivíduo conhecer a sua identidade genética tornou-se máxima importância para a bioconstituição da pessoa com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, apesar de ainda controvertido, deve-se entender pela existência do direito à identidade genética como um direito personalíssimo, não devendo ser impostos óbices à realização desse direito. Deve-se ressaltar, no entanto, que o conhecimento da origem genética não tem o poder jurídico de alterar o estado de filiação socioafetivo já registrado. Dessa forma, a identidade genética não gera nenhum efeito patrimonial, apenas como formação da personalidade do ser humano e com o intuito de preservação de sua saúde.

Palavras-Chave: Identidade genética; Filiação; Dignidade da pessoa humana.

Abstract: New social paradigms claim new legal views. In this new scenario the biological parentage has lost its meaning at the high socio-affective affiliation of state constitutional category with the Magna Letter of 1988. However, the right of every individual to know their genetic identity has become extremely important for the person bioconstituion based the principle of human dignity. Thus, although still controversial, it should be understood by the existence of the right to genetic identity as a personal right and should not be obstacles imposed on the realization of this right. It should be noted, however, that knowledge of genetic origin does not have the legal power to change the socio-affective membership already been registered. Thus, the genetic identity creates no effect on net worth, just like personality development of the human being and the preservation of order to your health.

Keywords: Genetic identity; Affiliation; Dignity of human person

INTRODUÇÃO

O conceito de família não é estático; acompanha a dinamicidade da cultura. Ao Direito de Família restou acompanhar essa evolução na medida das necessidades da sociedade.

1 Bacharel em Direito e pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Mestrando em Processo Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Bolsista da Capes/Prosup. Assessor Jurídico do Gabinete da 6ª Vara Cível de Dourados – MS. Professor de Direito Civil no Centro Universitário da Grande Dourados – UNIGRAN. Email: gilbertomarchetti@gmail.com.

2 Bacharel em Direito e pós-graduada em Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD. Mestranda em Processo Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense – UNIPAR. Assessora Jurídica da Promotoria de Rio Brilhante - MS. Email: livia_marchetti@yahoo.com.br.

A concepção fechada de família formada por homem, mulher e filho abriu, então, suas fronteiras passando a englobar as famílias monoparentais e homossexuais. Com isso, o conceito de filho ilegítimo deixou de existir, a adoção ganhou novos parâmetros e, com as novas tecnologias, nasceram novos meios de reprodução.

Nesse novo cenário, o direito de personalidade, como decorrência própria dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, atingiu esse nível na Carta Magna de 1988, com importância íntima para cada indivíduo de conhecer a sua identidade genética, ou seja, a sua origem biológica.

Identidade genética não se confunde com estado de filiação. Esta, por sua vez, é a relação jurídica entre pais e filhos. No entanto, a relação familiar atual não se configura apenas por uma concepção jurídica ou biológica. O aspecto mais relevante para configurar uma relação entre pais e filhos hoje é o socioafetivo, superando a tradição do Direito de Família baseada sempre na biologia genética do DNA.

O estado de filiação, portanto, desligou-se de sua origem biológica para se identificar com a afetividade das relações, pertencendo a cada indivíduo, restrito e desenvolvido no âmbito familiar. Sabe-se que na maioria dos casos este estado confunde-se com a relação derivada biologicamente, contudo, tal característica não é requisito necessariamente caracterizador.

Nos casos em que a família não é formada pela origem biológica. surge o direito personalíssimo do indivíduo a conhecer sua identidade genética, ou seja, a origem do seu patrimônio genético como critério do melhor interesse do filho em face do princípio fundamental regulador de todas as ações humanas e jurídicas: dignidade da pessoa humana.

Disso decorre a a importância do estudo do assunto. Para tanto, observando metódica dedutiva, sistêmica e axiológica, são pontuados o plano conceitual dos direitos fundamentais, sua abrangência e conteúdo, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana.

Após, passar-se-á a conceituação do estado de filiação em sua multiplicidade de facetas, desde a identidade genética, para então partir-se para a diferenciação desses institutos na cena jurídica atual.

1 Os Direitos Fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

De início, importa estabelecer três pontos norteadores da análise dos direitos fundamentais aqui – eis que, por abrangente, não é o objetivo aprofundar-se na sua teoria geral, mas apenas demarcar o essencial para a compreensão do tema proposto.

Sendo assim, primeiro deve se firmar um significado dos direitos fundamentais, para se entender o seu conteúdo e, dessa forma, atentar para sua abrangência na ordem constitucional brasileira.

Pois bem. Por importante, ainda no seio inicial, mas já adentrando no campo proposto, deve-se destacar a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, "aqui considerados como posições jurídicas de qualquer pessoa humana, reconhecidas e tuteladas pelo direito positivo internacional" (SARLET, 2006, p. 17). Direitos fundamentais "tem o mérito de aludir-se só às prerrogativas absorvidas pela ordem jurídico-positiva" (PUCCINELLI JÚNIOR, 2013, p. 194). De forma expressa ou implícita constam no ordenamento jurídico. Essa diferenciação, alias, é clara na Carta de 1988.

Traçado esse diferencial, em específico, Canotilho (2003, p. 1.253) afirma que os direitos fundamentais constituem uma categoria dogmática e seu sentido se expressa em três perspectivas: a) analítico-dogmática; b) empírico-dogmática; c) normativo dogmática.

Na perspectiva analítico-dogmática, deve analisar conceitos fundamentais inerentes à construção e investigação do sistema jurídico e sua relação com os direitos fundamentais, considerando ainda a ponderação nos conflitos entre direitos. Na concepção empírico-analítica, interessa saber a força normativa dos direitos fundamentais, tendo em conta sua eficácia nas três esferas – executivo, legislativo e judiciário. Por fim, na ótica normativo-dogmática, sobreleva a aplicação dos direitos fundamentais, no aspecto da interpretação e concretização desses direitos – ponto esse que interessa ao estudo (CANOTILHO, 2003, p. 1.253).

No tocante ao seu significado, sob uma visualização constitucional – até porque não poderia ser diferente disso -, é certo que o constituinte originário assumiu que "os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição" (MENDES, 2006, p. 1). Por isso, a própria Constituição veda qualquer reforma que objetiva aboli-los. Tanto é observável também pela relevância dos direitos fundamentais, porquanto tratados logo no início de seu texto com um título exclusivo – "dos direitos e garantias fundamentais".

Nesse sentido, sob o enfoque formal e material – sem adentrar especificamente nas peculiaridades de cada -, os direitos fundamentais são "os direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material" (MIRANDA, 1998, p. 7).

Observa-se, porquanto, que os direitos fundamentais atentam tanto para o aspecto subjetivo da pessoa, marcada como ser único, individual, como no seu aspecto objetivo, considerando a pessoa com um ser social e institucional. E nisso se nota a presença das três perspectivas anotada por Canotilho (2003, p. 1.253). Isso porque os sistemas jurídicos hoje não podem deixar de lado a importância dos direitos fundamentais e sua análise na solução de conflitos – perspectiva analítico-dogmática. Também se observa a normatividade dessa categoria de direito, no qual deve-se pautar o Poder Constituído, nas suas três esferas - concepção empírico-analítica. E, por fim, sobreleva a aplicação e concretização dos direitos fundamentais tanto no campo individual, quanto coletivo - ótica normativo-dogmática.

> São todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto constitucional e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo). (SARLET, 1998, p. 1.253)

Delineado esse contorno, destaca-se que na teoria constitucional, os direitos fundamentais podem ser analisados sob duas dimensões: a objetiva e a subjetiva. Esta "se refere ao significado ou relevância da norma consagradora de um direito fundamental para o indivíduo, para os seus interesses, para a sua situação da vida, para sua liberdade" (CANOTILHO, 2003, p. 1.256). Já a objetiva tem em vista o significado daquela norma para a coletividade, para o interesse público, para a vida comunitária.

> Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos seus titulares a possibilidade de impor aos seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueloutros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático. (MENDES, 2006, p. 2)

Frise-se que no Brasil, tem-se recepcionado a ideia de que a "função dos direitos fundamentais não se limita a serem direitos subjetivos, já que também representam decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, que se projetam em todo o ordenamento jurídico" (CANOTILHO; MENDES; SARLET, 2013, p. 186).

Noutro falar, os direitos fundamentais tornaram-se no âmbito da ordem constitucional, "um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas (e positivas) dos interesses individuais" (Idem).

Disso é possível extrair uma gama de funções e efeitos, tais como deveres de proteção estatal e o próprio reconhecimento da dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais (SARLET, 2006, p. 18).

Também efeito disso – considerado principal, diga-se de passagem -, a eficácia irradiante ou efeito de irradiação dos direitos fundamentais[3], ao qual está atrelada a constitucionalização do direito – privado (leia-se, relações entre particulares), inclusive, como se verá -, além de exercerem uma função de complementação entre si.

> Em termos gerais, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais significa que às normas que prevêem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende a perspectiva subjetiva, implicando, além disso, o reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais. É por isso que a doutrina costuma apontar para a perspectiva objetiva como representação também - naqueles aspectos que se agregaram às funções tradicionalmente reconhecidas aos direitos fundamentais – do reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais, que, por sua vez, pode ser aferido por meio das diversas categorias funcionais desenvolvidas na doutrina e na jurisprudência, integrantes da assim denominada perspectiva objetiva da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, o que, por si só, já aponta para uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais na ordem constitucional. (CANOTILHO; MENDES; SARLET, 2013, p. 186)

Chegado a esse patamar de intelecção, é pacífico na cena jurídica que todos os direitos e garantias positivados na Carta de Outubro são fundamentais. "Em favor da opção expressa do Constituinte milita uma presunção em prol da fundamentalidade tanto dos assim designados direitos e deveres individuais e coletivos, quanto dos direitos sociais [...], dos direitos de nacionalidade e dos direitos políticos" (SARLET, 2006, p. 18).

Trata-se, pois, de uma opção do constituinte originário, que traz no mundo dos direitos a concepção de que todos os direitos e garantias insculpidos na Constituição da República são fundamentais.

Esse avanço do direito constitucional hoje resulta da "afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição[4] é o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões" (MENDES; BRANCO, 2014, p. 135).

Por essa razão que se tem a centralidade dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, acompanhando o desenvolvimento do direito constitucional, sobretudo na Europa, bem como ao percurso do Estado Liberal ao Estado Social, especialmente pós-2ª Guerra Mundial (GIUDICELLI, 2016).

3 "No sentido de que estes, na sua condição de direitos objetivos, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e avaliação do direito infraconstitucional, implicando uma interpretação conforme os direitos fundamentais de todo o ordenamento jurídico." (CANOTILHO; MENDES; SARLET, 2013, p. 186)

4 Essa importância que a Constituição de 1988 dá à proclamação dos direitos fundamentais pode ser percebida logo na leitura do seu Preâmbulo, que ergue um pilar ético-jurídico-político para a compreensão do texto constitucional.

Nesse referencial, importante também lembrar a problemática atinente à recepção de tratados subscritos pelo Estado Brasileiro no ordenamento jurídico nacional. Com efeito, por muito tempo a Corte Constitucional entendeu que os tratados eram recebidos como lei ordinária.

Tal forma de entender teve mudança significativa com a alteração promovida pela EC n. 45/5004 no § 3º do art. 5º, da Constituição. Agora, "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais."

Porém, outra dúvida permaneceu. E se essa natureza de tratado ou convenção não passou pela aprovação do Congresso Nacional?

Sobre o tema – aqui tratado de maneira superficial, apenas no que interessa ao estudo -, o Supremo Tribunal Federal, observando o disposto no art. 5º, § 2º da CF, chancelou "a hierarquia supralegal [...] dos tratados em matéria de direitos humanos" (SARLET, 2006, p. 17). É um avanço, mas ainda deixa de considerar "os direitos humanos oriundos dos tratados internacionais como sendo autênticos direitos fundamentais, visto que submetidos a regime jurídico menos privilegiado" (SARLET, 2006, p. 17-18).

Por sua vez, colocado não apenas como garantia fundamental, mas elevado à categoria de Princípio e fundamento da República brasileira, a dignidade da pessoa humana passa a ser essência de um Estado Constitucional e se reflete e incide nas mais diversas áreas de conhecimento do direito.

Deveras, "pairando por sobre todos eles, dando-lhes dimensão constitucional, está o princípio da dignidade da pessoa humana, que jamais poderá ser esquecido, pois, indiscutivelmente, servirá de medida para toda a investigação que fizermos" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2007, p. 27).

Tarefa difícil a conceituação do que vem a ser a dignidade da pessoa humana. Inúmeros autores já tentaram fazê-lo ao longo do tempo, as vezes com sucesso, as vezes não (SARLET, 2015). "Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por uma 'ambiguidade e porosidade'" (Idem). Para além disso, a própria natureza polissêmica da expressão agrava essa dificuldade. "O princípio da dignidade da pessoa humana parece pertencer àquele lote de realidades particularmente avessas à claridade, chegando a dar a impressão de se obscurecer na razão directa do esforço despendido para o clarificar" (ALEXANDRINO, 2008, 481).

> Uma das principais dificuldades, todavia, reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa humana, diversamente do que ocorre com as demais normas que definem e asseguram direitos fundamentais, não se trata de demarcar aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade etc.), mas, sim, de uma qualidade tida por muitos – por mais reservas que se deva ter em relação a tal concepção! – como inerente (melhor seria atribuída e/ou reconhecida) a todo e qualquer ser humano. É precisamente nesta perspectiva que a dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade na sua condição jurídico-normativa. (SARLET, 2015)

Nessa trilha, numa tentativa de se estabelecer ao menos seus contornos basilares, importante a parla de Peter Häberle, segundo a qual é imprescindível utilizar-se de casos concretos para se atingir uma definição do que vem a ser a dignidade da pessoa humana, "salientando, além disso, a importância de um preenchimento desta noção 'de baixo para cima', no sentido de que a própria ordem jurídica infraconstitucional fornece importante material para a definição dos contornos do conceito" (SARLET, 2015).

> Ainda nesse contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que a dignidade da pessoa humana não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual há que reconhecer que se trata de um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento. Portanto, também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais, embora mediante diálogo com os impulsos vindos da sociedade. Também por esta razão é indispensável que se tome sempre em conta o conteúdo e significado atribuído à noção de dignidade da pessoa humana pelos órgãos jurisdicionais, com destaque para a assim chamada jurisdição constitucional e para os Tribunais internacionais que velam pelo cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos, o que aqui será levado a efeito com base em especial no direito constitucional brasileiro. (SARLET, 2015)

Seguindo essa linha, numa tentativa de conceituá-la, Alexandre de Moraes (2002, p. 129) afirma que

> A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

É exatamente nessa perspectiva que Jürgen Habermas sugere a dignidade da pessoa, numa significação moral e jurídica. "Encontra-se vinculada à simetria das relações humanas, de tal sorte que a sua intangibilidade resulta justamente das relações interpessoais marcadas pela recíproca consideração e respeito". Por tal motivo, somente no "espaço público da comunidade da linguagem, o ser natural se torna indivíduo e pessoa dotada de racionalidade" (SARLET, 2015).

Já na visão de Hasso Hofmann, "a dignidade necessariamente deve ser compreendida sob perspectiva relacional e comunicativa, constituindo uma categoria da coumanidade de cada indivíduo (*Mitmenschlichkeit des Individuums*)" (SARLET, 2015).

> Também (mas não apenas) neste contexto assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (portanto, de todos e de cada um), condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão (em particular no que diz com a perspectiva jurídico-constitucional) defensiva e prestacional da dignidade, ainda mais evidente quando se cuida de identificar a conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais, o que será objeto de maior atenção logo adiante, quando da identificação de alguns exemplos extraídos da jurisprudência constitucional brasileira. (SARLET, 2015)

Observa-se, pois, nesse viés analítico de que a imprecisão conceitual se estende também para o seu enquadramento na ordem constitucional brasileira instituída pela Carta de Outubro.

> O constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guindando-a, consoante já frisado, à condição de princípio (e valor) fundamental (art. 1.º, III, da CF/1988), muito embora a inclusão – no que diz com a terminologia adotada pela Constituição Federal – no Título dos princípios fundamentais, não afasta a circunstância de que a dignidade, em diversas situações, no campo do direito, atua como regra jurídica, em outras palavras, como fundamento de regras jurídicas. (SARLET, 2015)

É certo, entretanto, que além de ser um princípio, como já dito, a dignidade da pessoa humana está inserido na cena jurídica como garantia fundamental da pessoa e por essa ideia, deve incidir para todas as áreas de conhecimento do direito, notadamente nas relações jurídicas de família, principalmente quando se trata dos aspectos inerentes à filiação e o direito à identificação genética.

2 ESTADO DE FILIAÇÃO: CONSTRUÇÃO JURÍDICA, BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA

As relações familiares são formações interpessoais condicionadas pela cultura de cada povo, por isso os critérios jurídico, biológico e socioafetivo são determinantes para a caracterização da família dentro do Direito brasileiro.

A Constituição de 1988 foi um paradigma no Direito de Família, pois trouxe expressivas alterações no âmbito jurídico familiar, eis que ela não traz um rol fechado das possibilidades de conjugações familiares, mas deixa o seu conceito aberto. Segundo Paulo Luiz Netto Lôbo (2004, p. 137-139), a família atual apresenta nova função, natureza, composição e concepção.

Rodolfo Cunha Salles corrobora essa afirmação dizendo que "os princípios básicos que orientam a família são a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a afetividade, de maneira que ela se converteu no espaço de realização da afetividade humana e da dignidade de cada um dos seus membros" (2010, p. 172).

Percebe-se, então, que a família brasileira não pode ser traduzida apenas por um critério biológico, no qual a relação jurídica formada entre os membros se dá pela origem genética. Hoje, o critério primordial para a configuração jurídica de uma relação familiar é o vínculo socioafetivo.

Para essa compreensão é necessário explicar o que seria a família compreendida por cada critério: jurídico, biológico e socioafetivo. O primeiro é a filiação jurídica e de caráter mais tradicional, que decorre do matrimônio e está inscrita no brocardo latim *is est quem nuptiae demonstrant*, isto é, o pai é aquele que demonstrar estar casado com a mãe.

Já a filiação biológica é a que decorre de relação sexual com fecundação, ou seja, da fusão de dois gametas. A filiação biológica sofreu grandes avanços como surgimento do exame pericial do DNA. Tal exame permite a verificação de compatibilidade dos pares de cromossomos do indivíduo interessado com àqueles do suposto genitor ou, em caso de seu falecimento, seus familiares mais próximos.

Esse avanço tecnológico alcançado com o exame de DNA trouxe muito mais segurança jurídica para os processos de investigação ou negação de paternidade, com base no princípio da verdade real. A possibilidade de se determinar uma filiação biológica hoje, então, só depende das partes interessadas, tendo sempre o interesse do filho prioridade em qualquer situação.

Ocorre que a Carta de 88 permitiu uma democratização da família e esta se tornou um instrumento para a realização e o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, portanto, a filiação apenas baseada nestes critérios jurídico e biológico começou a não dar conta das novas relações familiares.

Surgiu, portanto, a filiação socioafetiva baseada no amor, na afetividade, na solidariedade dentro do âmbito familiar, representada pelos deveres de criar, educar e assistir os filhos com autoridade parental, independentemente de origem genética. Exatamente por esse motivo é que esta filiação engloba a adoção e a filiação decorrente da técnica de reprodução assistida heteróloga.

A filiação jurídica, então, passou a ser um conceito de natureza cultural e não mais necessariamente natural, baseada na origem biológica. Podem ser considerados estados de filiação no Direito brasileiro com fundamento no art. 227 da Constituição Federal e nos arts. 1.593, 1596 e 1.597 do Código Civil, segundo Lôbo, os seguintes:

> a) filiação biológica em face de ambos os pais, havida de relação de casamento ou de união estável, ou em face do único pai ou mãe biológicos, na família monoparental;
>
> b) filiação não biológica em face de ambos os pais, oriunda de adoção regular; ou em face do pai ou da mãe que adotou exclusivamente o filho; e
>
> c) filiação não-biológica em face do pai que autorizou a inseminação artificial heteróloga. (2004, p. 48)

Nesses casos a convivência no âmbito familiar e a afetividade são presumidas, restando, portanto configuradas juridicamente a filiação. E o Poder Judiciário já é pacífico a prevalência do estado de filiação baseado na socioafetividade sobre os demais sempre com base na proteção da família e no melhor interesse do filho, maior interessado, conforme recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> RECURSO ESPECIAL - CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - MEDIDA CAUTELAR INOMINADA E AÇÃO ANULATÓRIA DE PARTILHA - FILIAÇÃO CONTESTADA PELOS IRMÃOS - EXAME DE DNA - RESULTADO NEGATIVO - ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INSURGÊNCIA RECURSAL DO AUTOR. REGISTRO DE NASCIMENTO - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE - PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE PATERNIDADE PELOS CO-HERDEIROS - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - NECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA FUNDADA EM ERRO OU FRAUDE (ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL) - *AFETO COMO PARADIGMA DAS RELAÇÕES FAMILIARES* - *FILIAÇÃO* RECONHECIDA - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, PROVIDO.
>
> [...]
>
> 1. A alegada ofensa ao art. 227, § 6º, da Constituição Federal não merece ser discutida em sede de recurso especial, porquanto o exame
>
> de ofensa a dispositivo constitucional é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, inciso III, "a", da Constituição.
>
> 2. Nos termos do artigo 1.603 do Código Civil, "A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil." Assim, o estado de filiação se comprova por meio da certidão de nascimento devidamente registrada no Registro Civil, a qual, na hipótese em tela, evidencia a legitimidade ativa do recorrente, enquanto herdeiro do pai registral, para o ajuizamento da ação anulatória de partilha, assim como da medida cautelar inominada - que visa à determinação de indisponibilidade dos bens imóveis.
>
> 2.1 A simples divergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica não autoriza, por si só, a anulação do registro, o qual só poderia ser anulado, uma vez comprovado erro ou falsidade, em ação própria - destinada à desconstituição do registro.
>
> *2.2 Jurisprudência e doutrina consagram a possibilidade de reconhecimento da socioafetividade como relação de parentesco, tendo a Constituição e o Código Civil previsto outras hipóteses de estabelecimento do vínculo parental distintas da vinculação genética. Ademais, a filiação socioafetiva, a qual encontra respaldo no artigo 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, mas também "parentescos de outra origem", de modo a contemplar a socioafetividade.*
>
> *2.3 As decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, ao desconstituírem o registro de nascimento com base, exclusivamente, no exame de DNA, desconsideraram*

> *a nova principiologia, bem assim as regras decorrentes da eleição da afetividade como paradigma a nortear as relações familiares.*
>
> 3. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido, a fim de reconhecer a legitimidade ativa do recorrente e em consequência, determinar o prosseguimento do feito na origem. (STJ. REsp 1128539/RN. Rel. Min. Marco Buzzi. DJE 26/08/2015 – sem grifo no original)

Como se observa, tal ementa apenas corrobora a supremacia da socioafetividade sobre a origem biológica para a configuração jurídica das relações familiares. Acerca do caráter jurídico do afeto nas relações familiares Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues discorrem:

> Portanto, na é de (dês)amor que se trata o afeto como fato jurídico, mas sim aquele que, quando exteriorizado na forma de comportamentos típicos de uma legítima convivência familiar é capaz de gerar eficácia jurídica. Exemplo disso, a posse de estado de filho, geradora do parentesco socioafetivo entre pais e filhos.
>
> Sendo assim, a nosso sentir, o Direito não é capaz de "enxergar" a ausência de afeto, mas é possível que, quando presente a afetividade entre certos indivíduos, condicionante de seu comportamento, caracterizando-o como tipicamente familiar, aí sim, o Direito reconheça um fato concreto, um acontecimento ao qual ele pode outorgar qualificação e disciplina jurídica: "um ponto de confluência entre a norma e a transformação da realidade: o modo pelo qual o ordenamento se concretiza".
>
> Por isso, não podemos falar em direito ou dever de afeto. Mas devemos valorizar as manifestações exteriores – condutas e comportamentos – que traduzam a existência do afeto em determinadas relações (...). (2009, p. 40)

A mudança de foco do biológico para o socioafetivo vai reproduzir efeitos diretos no direito ao conhecimento da identidade genética de cada indivíduo e sua consequente reprodução ou não no estado de filiação.

3 DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

A identidade genética corresponde ao patrimônio genético que forma cada indivíduo e o direito ao conhecimento da origem biológica do DNA é elementar para a dignidade da pessoa humana, por vezes, sendo o único recurso prevenir ou curar certas doenças, por exemplo.

Paulo Oterro sustenta em sua obra (1999, p. 71-80) que a proteção a história pessoal de cada indivíduo compreende o direito de cada ser humano conhecer a respectiva origem e o patrimônio genético, elemento relevante para prevenção de certas doenças e para o desenvolvimento da personalidade. Nesse sentido cada indivíduo tem o direito de conhecer a identidade biológica de seus genitores.

Importante mencionar ainda que segundo o artigo 3º da Declaração Internacional sobre Dados Genético Humanos, os dados genéticos são componentes da identidade pessoal do indivíduo, *in verbis*:

> Artigo 3º. Identidade da Pessoa
>
> Cada indivíduo tem uma constituição genética característica. No entanto, não se pode reduzir a identidade de uma pessoa a características genéticas, uma vez que ela é constituída pela intervenção de complexos factores educativos, ambientais e pessoais, bem como de relações afectivas, sociais, espirituais e culturais com outros indivíduos, e implica um elemento de liberdade.

Nesse sentido, o direito à identidade genética é fundamental para formar a identidade pessoal de cada pessoa, conferindo dignidade humana, princípio formador da República Brasileira e o direito humano mais universal.

O direito ao conhecimento da origem genética possui, segundo Selma Rodrigues Petterle, quatro diferentes dimensões (2007, p. 114-115):

> a) direito de não ter a identidade genética revelada através de teste genéticos, salvo em benefício da pessoa testada;
>
> b) o direito de não ser um clone humano e, portanto, o direito de não ser clonado para fins reprodutivos;
>
> c) a proibição de discriminação pelas características genéticas;
>
> d) a garantia de não ter a identidade genética alterada por terapias gênicas;
>
> e) o direito de conhecer a ascendência biológica, reconstruindo a historicidade pessoal.

Somados à estes encontra-se, ainda, a preservação da saúde do indivíduo, eis que o conhecimento de sua origem genética pode possibilitar a cura ou a prevenção de alguma doença.

Em todas as suas facetas, no entanto, o direito à identidade genética só pode ser analisado e entendido sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana. Segundo Ana Thereza Meirelles Araújo:

> A dignidade, seja interpretada como fundamento, princípio ou valor, contorna a legitimidade da preservação da manifestação natural das características genéticas da humanidade, garantindo que o homem permaneça, em sua essência, sempre com um fim em si mesmo e nunca como um meio a serviço de alguma coisa ou de alguém. No plano constitucional, a partir da teoria dos direitos fundamentais, pode-se retirar diretamente e sem controvérsias a necessária proteção do patrimônio genético. (2014, p. 170-171)

Nesse sentido é o entendimento da jurisprudência pátria, *in verbis*:

> EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, *EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE*. 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova. 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo. *3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à*

> *igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável.* 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada. 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (STF. **RE 363889/DF. Rel. Min. Dias Toffoli. DJE** 16-12-2011. Sem grifo no original)

O direito à identidade genética é essencial para a formação da personalidade do ser humano daí resulta o fato de ser considerado um direito personalíssimo. No entanto, tal direito não pode resultar em qualquer alteração registral na filiação socioafetiva anteriormente estabelecida. Nesse sentido, Salles escreve que:

> Contudo, não é menos certa a existência de diversas ações tendentes à negação da paternidade anteriormente fixada com fundamento na ausência de vínculo biológico. Nesta hipótese, comprovada a existência de convivência familiar duradoura, com a posse de estado de filho, não se reputa possível a desconstituição da filiação não biológica. (2010, p. 198)

Nessa mesma linha de raciocínio é o estudo de Paulo Luiz Netto Lôbo:

> (...) a evolução do direito conduz à distinção, que já se impõe, entre pai e genitor ou procriador. Pai é que cria. Genitor é o que gera. Esses conceitos estiveram reunidos, enquanto houve primazia da unção biológica da família. Ao ser humano, concebido fora da comunhão familiar dos pais socioafetivos, e que já desfruta do estado de filiação, deve ser assegurado o conhecimento de sua origem genética, ou da sua própria ascendência, como direito geral da personalidade, como decidiu o Tribunal Constitucional alemão em 1997, mas sem relação de parentesco ou efeitos de direito de família *tout couri*. (2004, p. 155)

Assim, considerado sob o âmbito de personalidade do indivíduo, o direito à identidade genética não pode gerar nenhum efeito patrimônio, sucessório ou para fins de pensão alimentícia. A pessoa que quiser ter acesso a sua origem genética deverá ser previamente advertida de que tal conhecimento ficará apenas na esfera de formação pessoal e de tratamento de saúde, se for o caso.

Donizetti ao discorrer sobre doação de material genético entende que o direito à identidade biológica não pode ser utilizado para a concretização de outros direitos como alimentos, nome e sucessão, *in verbis:*

> [...] é legítimo ao filho vindicar o acesso aos dados genéticos do doador anônimo de sêmen, arquivados na instituição em que se deu a concepção tão-somente para proteger os direitos da personalidade, sem, entretanto, fazê-lo com o intuito de investigar a paternidade. (2007, p. 127)

Em uma análise comparativa com o direito estrangeiro, em países como Suécia, Alemanha, Bélgica, Reino Unido e Suíça existem o direito à identidade genética, podendo a pessoa "ter acesso a todas as informações que lhe concernem, inclusive a identidade do doador de gametas (...)" (BRAUNER, 2012, p. 41).

Já outros países como a Espanha, Grécia e Portugal possuem um sistema que autoriza o acesso apenas às informações não identificadoras da identidade do doador. Estados Unidos e França, por sua vez, são mais radicais e impedem o acesso a qualquer informação genética, principalmente no tocante a identidade dos doadores nos casos de reprodução assistida.

Segundo Brauner (2012, p. 43) a solução para se garantir o direito à identidade genética no caso da reprodução assistida tem sido conferir "a possibilidade de conhecer a identidade dos doadores sem poder intentar qualquer demanda de direitos". Dessa forma, estar-se-á resguardando o direito dos genitores biológicos, dos pais socioafetivos e o direito personalíssimo dos filhos conjugando-se a dignidade da pessoa humana nas três esferas.

CONCLUSÃO

Restou constatado, portanto, que a família é uma instituição cultural e não biológica, formada por relações de afeto, amor e solidariedade. A filiação socioafetiva, então, foi erigida ao patamar constitucional em 1988, superando o estado de filiação biológica.

Ocorre que o indivíduo pode, com base nos direitos fundamentais insculpidos na Carta de Outubro e no princípio da dignidade da pessoa humana, aqui considerado como fundamento da República Federativa do Brasil, ter conhecimento à sua identidade genética como um direito personalíssimo elencado na Constituição de 1988.

A pessoa, no entanto, deve saber que o direito à identidade genética não se confunde com estado de filiação, ou seja, sua certidão de nascimento não irá mudar ao descobrir sua origem genética, eis que nela continuará a constar seu estado de filiação socioafetiva.

Isso significa que a identidade genética não gera efeitos patrimoniais, alimentícios ou sucessórios, apenas tem repercussão na formação pessoal e na saúde do indivíduo, se for o caso de tratamento de doença ou prevenção.

Nesse sentido, é possível a coexistência de dois vínculos de filiação com a supremacia jurídica de apenas um deles, qual seja, o socioafetivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, José de Melo. **Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções**. Estudos em honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina, 2008. v. I, p. 481.

ARAÚJO, A. T. M. **Neoeugenia e reprodução humana artificial**: limites éticos e jurídicos. Salvador: Jus Podivm, 2014. 210 p.

BARACHO, J. A. de O. A identidade genética do ser humano Bioconstituição: bioética e direito. **Revista de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 32, p. 88-92, jul./set. 2000.

BRAUNER, M. C. C. Reprodução humana assistida e anonimato de doadores de gametas: o direito brasileiro frente às novas formas de parentalidade. In: VIEIRA, T. R. (Org.) **Ensaios de Bioética e Direito**. 2. ed. Brasília, Consulex, 2012. p. 33-51.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Léo Ferreira (coords.). **Comentários à Constituição Federal do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013

DECLARAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE DADOS GENÉTICOS HUMANOS. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf>. Acesso em 18 out. 2015.

DONIZETTI, L. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 152 p.

LÔBO, P. L. N. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista do Conselho da Justiça Federal,** Brasília, n. 27, p. 47-56, out./dez. de 2004.

_____. Repersonalização das famílias. **Revista de Direto de Família**, Porto Alegre, n. 24, p. 136-156, jun./jul/2004.

_____. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v. 5, p. 05-22, ago/set. 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** contratos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 4, t. 1.

GAMA, G. C. N. DA. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. **Revista Brasileira de Direito de Família do IBDFAM**, Belo Horizonte, v. 5, p. 7-28, abril/jun 2000.

GIUDICELLI, Gustavo. Os Direitos Fundamentais na era da pós-(in)efetividade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** vol. 95/2016, p. 103-123, Abr-Jul 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Coimbra: Coimbra, 1998. t. IV.

OTERO, P. **Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano**: um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999. 104 p.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada.** São Paulo: Atlas, 2002.

PETTERLE, S. R. **O direito fundamental à identidade genética na constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 192 p.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.** São Paulo: Saraiva, 2005.

SALLES, R. C. O direito à identidade genética e o estado de filiação: análise dos critérios definidores do vínculo de filiação e o direito ao conhecimento da origem biológica. **Revista de Artigos do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, n. 4, p. 171-207, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado: algumas notas sobre a evolução brasileira. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e a assim chamada constitucionalização do direito penal e processual penal no Brasil. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. v. 9/2015, p. 345-374, ago.

SPAREMBERGER, R. F. L; THIESEN, A. B. O direito de saber a nossa história: identidade genética e dignidade humana na concepção da bioconstituição. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia da Unibrasil**, Curitiba, v. 7, n. 7, p. 33-65, jan./jun. 2010.

SPODE, S; SILVA, T. V. S. DA. O direito ao conhecimento da origem genética em face da inseminação artificial com sêmen de doador anônimo. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 2, n. 3, 2007.

TEIXEIRA, A. C. B.; RODRIGUES, R. de L. Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas. **Revista Brasileira de Direito das Famílias**. Porto Alegre, v. 10, p. 34-60, jun./jul. 2009.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL



2ª Câmara Cível
Apelação nº 0007178-70.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Alexandre Bastos

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA – CONVERSÃO EM PECÚNIA DE LICENÇA ESPECIAL DE POLICIAL MILITAR FALECIDO – ATO ADMINISTRATIVO CONCESSIVO DE LICENÇA ESPECIAL A POLICIAL MILITAR – ANULAÇÃO POR PARECER – IMPOSSIBILIDADE – ATO JURÍDICO PERFEITO E DIREITO ADQUIRIDO – REVISÃO DO ATO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – PRESCRIÇÃO – ART. 1º DO DECRETO N. 20.910/32 – FALECIMENTO DO BENEFICIÁRIO – LICENÇA ESPECIAL NÃO GOZADA – INDENIZAÇÃO DEVIDA – TRANSMISSÃO DO DIREITO AOS HERDEIROS – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

A invalidação de ato administrativo deve resultar de ato específico, contendo os mesmos requisitos do ato a ser anulado, mostrando-se inservível para tanto mero parecer administrativo recomendando a anulação.

Se o ato concessivo da licença especial não foi invalidado, continua produzindo efeitos, consistindo em ato jurídico perfeito e, portanto, o benefício obtido configura-se direito adquirido.

A doutrina majoritária entende que, inexistindo lei específica, o prazo para a Administração Pública anular seus próprios atos é o mesmo estabelecido no art. 1º do Decreto n. 20.910/32, qual seja, 5 anos.

O Estado não pode invocar nulidade a que deu causa para negar benefício a servidor público.

Se, diante da revogação do benefício da licença especial no âmbito das Forças Armadas, o Estado permanece inerte, revogando o benefício em relação a seu efetivo apenas sete anos depois, as licenças especiais alcançadas pelos policiais militares nesse período constituem direito adquirido.

O art. 32, *caput* da LC 127/08 do Estado de Mato Grosso do Sul determina que a licença especial adquirida e não gozada em razão do falecimento do beneficiário deve ser convertida em pecúnia, o que vai ao encontro do princípio que veda o enriquecimento sem causa. Nessa hipótese, diante da morte do beneficiário, o direito à indenização previsto em lei transmite-se aos seus herdeiros.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 8 de março de 2017.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de apelação interposta por Onisia da Penha Loubet Belmonte Costa em face da sentença de fls. 136/139, que julgou improcedente a presente ação de cobrança que move contra o Estado de Mato Grosso do Sul, indeferindo o pedido de indenização referente a licença especial de 6 meses não gozada pelo seu falecido cônjuge.

Em suas razões recursais (fls. 142/156), a apelante insurge-se contra a Sentença, sob o argumento de que a Súmula 473 do STF, que admite à Administração Pública anular seus próprios atos, ressalva o direito adquirido. Assim, o Estado de Mato Grosso do Sul, Apelado, não poderia ter negado a concessão do benefício pleiteado após tê-lo reconhecido como seu direito, em 18/12/2008, ferindo, dessa forma, o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Alega, ainda, que o fato de seu marido ter trabalhado como militar "designado para o serviço ativo" não afasta o direito à Licença Especial, sendo que seu falecimento importa a conversão do benefício em pecúnia, sob pena de enriquecimento sem causa do apelado.

Aduz que *"seu esposo teve a licença concedida e não a gozou porque passou para a inatividade por reforma (aposentadoria por invalidez dos civis), isto por doença grave que o levou à morte"* (fl. 154), razão pela qual incide o art. 63 da Lei Complementar 53/90, que rege o Estatuto dos Policiais Militares de Mato Grosso do Sul.

Por fim, afirma que *"sendo evidente que as patologias adquiridas pelo militar falecido possuem evidente causa e efeito com o serviço policial militar, devidamente comprovada por meio de cópia do requerimento de instauração de Inquérito Sanitário de Origem anexadas nos autos, é de se reconhecer que o militar apenas gozou da referida licença para tratamento médico devido a doença com causa e efeito com o serviço desempenhado junto a PMMS, o que exclui a suposta impossibilidade de concessão da licença especial"* (fl. 155).

Ao final, requer o provimento do recurso para reformar totalmente a sentença, julgando-se procedente o pedido formulado na inicial.

O apelado apresentou contrarrazões, pugnando pelo desprovimento do Recurso (fls. 160/175).

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Onisia da Penha Loubet Belmonte Costa em face da sentença de fls. 136/139, que julgou improcedente a presente ação de cobrança que move contra o Estado de Mato Grosso do Sul, indeferindo o pedido de indenização referente a licença especial de 6 meses não gozada pelo seu falecido cônjuge.

Conhecimento

Em juízo de admissibilidade, verifico que os requisitos encontram-se preenchidos, observando que a apelante está isenta do preparo, porquanto o juízo de 1º grau reconheceu-lhe o benefício da assistência judiciária gratuita à fl. 52 (CPC, art. 98, § 1º, VIII).

Além disso, não estão presentes as demais hipóteses do art. 932, III do CPC, que autorizam o não conhecimento do recurso pelo relator.

Diante disso, o recurso merece ser conhecido.

Mérito

A apelante, viúva de um policial militar, ingressou com a presente ação de cobrança em face do Estado de Mato Grosso do Sul, pleiteando a condenação deste ao pagamento de indenização do benefício da licença especial obtido e não gozado por seu falecido cônjuge.

Alega a recorrente que o indeferimento do pedido em sede administrativa, baseado em suposta ilegalidade na concessão do benefício, violou a garantia do direito adquirido.

O Magistrado *a quo* concluiu pela improcedência do pedido, sob o fundamento de que o ato de concessão do benefício foi invalidado, não havendo que falar em direito adquirido, nos termos do Enunciado de Súmula 473 do STF[1].

Com efeito, o pleito da apelante merece prosperar, devendo a Sentença ser reformada.

Ato jurídico perfeito e direito adquirido

As provas dos autos demonstram que o ato administrativo que concedeu a licença especial ao cônjuge da Apelante consiste em ato jurídico perfeito e, portanto, o benefício obtido configura-se direito adquirido.

É que a concessão da licença especial ocorreu por meio da Portaria "P" 1190/DP-1/DP/PMMS de 18/12/2008, publicada na imprensa oficial em 07/01/2009 (fl. 87).

E, ao contrário do afirmado na Sentença, a referida portaria não foi anulada, razão pela qual produziu seus efeitos legais.

Consta dos autos que a Recorrente ingressou com pedido administrativo de indenização do benefício então concedido (fl. 75) e que, durante a tramitação do pedido, a Administração verificou que o policial militar não havia preenchido os requisitos para a obtenção da licença especial, razão pela qual a concessão pretérita do benefício mostrava-se ilegal, e o ato concessivo deveria ser anulado.

Com base no parecer que recomendou a anulação do ato de concessão da licença especial (fls. 100/101 e 103), a autoridade administrativa competente indeferiu o pedido da Apelante, por meio de despacho publicado na imprensa oficial em junho de 2010 (fl. 106).

Ocorre que inexiste ato administrativo invalidando a portaria de concessão da licença especial. O que há é tão somente um parecer administrativo recomendando sua anulação.

Ademais, esse parecer não tinha por objeto a invalidação do ato. Trata-se de manifestação sobre o pedido de indenização consectária do não gozo do benefício outrora concedido, que trouxe em seu bojo a indicação pela referida anulação.

Desse modo, considerando a ausência de novo ato administrativo apto a anular a concessão da licença especial ao policial militar, o ato concessivo permanece válido e eficaz.

Daí resulta o direito adquirido do cônjuge da apelante ao benefício da licença especial.

1 Súmula 473 do STF: *"A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."*

Impossibilidade de anulação do ato

Em que pese a verificação de que o policial militar não havia preenchido todos os requisitos para a obtenção da licença especial, o ato de concessão não mais poderia ser anulado.

Isso porque o direito do recorrido de postular eventual anulação do ato em comento encontra-se prescrito.

A doutrina majoritária entende que, inexistindo lei específica, o prazo para a Administração Pública anular seus próprios atos é o mesmo estabelecido no art. 1º do Decreto n. 20.910/32, qual seja, 5 anos[2].

Assim, considerando que o ato que concedeu o benefício da licença especial ao cônjuge da Apelante foi emitido em dezembro de 2008, o direito da Administração revê-lo extinguiu em dezembro de 2013.

Suposta ilegalidade do benefício da licença especial no âmbito das polícias militares estaduais

O recorrido alega, com base nos artigos 22, XXI da CF c/c 24 do Decreto Lei 667/69, a ilegalidade do ato que concedeu o benefício ao policial militar.

A Constituição Federal assim determina:

> *Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:*
>
> *XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares;*

O Decreto lei 667/69, por sua vez, estabelece que:

> *Art 24. Os direitos, vencimentos, vantagens e regalias do pessoal, em serviço ativo ou na inatividade, das Polícias Militares constarão de legislação especial de cada Unidade da Federação, não sendo permitidas condições superiores às que, por lei ou regulamento, forem atribuídas ao pessoal das Fôrças Armadas. No tocante a cabos e soldados, será permitida exceção no que se refere a vencimentos e vantagens bem como à idade-limite para permanência no serviço ativo.*

Verifica-se que, com fundamento no art. 22, XXI da CF, a União editou o DL 667/69, que instituiu normas gerais de organização das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dentre elas a que proíbe que as legislações estaduais concedam aos policiais militares *"condições superiores às que, por lei ou regulamento, forem atribuídas ao pessoal das Forças Armadas"*.

Nesse sentido, o benefício da licença especial, desde 2001, não é mais contemplado no Estatuto dos Militares (Lei 6.880/80), razão pela qual as normas estaduais que o previam deveriam ter sido revogadas.

Entretanto, somente em 2008, com a edição da Lei Complementar 127/08, o Estado de Mato Grosso do Sul revogou o benefício até então previsto para sua Polícia Militar.

Não pode, agora, invocar nulidade a que deu causa para negar o benefício ao seu servidor público.

Ora, o Estado conhece a lei e, portanto, tinha ciência de que o benefício em comento fora revogado no âmbito das Forças Armadas, impondo-se a ele a revogação da licença em relação a seu efetivo. Porém, só o fez sete anos depois, de forma que as licenças especiais alcançadas pelos policiais militares nesse período constituem direito adquirido.

2 Alexandrino, M.; Paulo, V. **Direito administrativo descomplicado**. 20. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 847.

Ademais, a própria legislação estadual que revogou o benefício (LC 127/08), fez a ressalva de que *"os períodos de licença especial, adquiridos até a data da entrada em vigor desta Lei, poderão ser usufruídos ou contados para efeito de inatividade ou convertidos em pecúnia no caso de falecimento do militar ou na passagem para a inatividade, quando o período não for utilizado para apuração do tempo de serviço"* (art. 32, *caput*).

Assim, não há que falar em ilegalidade da concessão da licença especial com base no argumento apresentado pelo recorrido.

Por outro lado, inexiste desrespeito à Súmula 339 do STF, segundo a qual *"não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia*".

Isso porque, conforme esposado, o benefício é previsto na legislação estadual, sendo que sua concessão em âmbito judicial decorre tão somente da aplicação da lei ao caso concreto.

Direito de indenização

A portaria de fl. 87 concedeu ao cônjuge da recorrente o benefício da licença especial com base no art. 32 da Lei Complementar n. 127/08 do Estado de Mato Grosso do Sul.

Ocorre que em virtude do beneficiário encontrar-se afastado do serviço quando da obtenção do benefício, por ter sido agregado por incapacidade (portaria de fl. 86), e dois meses depois ter sido reformado (decreto de fl. 95), o gozo da licença especial restou prejudicado.

A Lei Complementar estadual n. 127/08 assim dispõe:

> *Art. 32. Os períodos de licença especial, adquiridos até a data da entrada em vigor desta Lei, poderão ser usufruídos ou contados para efeito de inatividade ou convertidos em pecúnia no caso de falecimento do militar ou na passagem para a inatividade, quando o período não for utilizado para apuração do tempo de serviço.*
>
> *§ 1º Os períodos de licença especial adquiridos anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 20, de 5 de dezembro de 1998, poderão ser computados em dobro para efeito de inatividade.*
>
> *§ 2º A licença especial nas condições desta Lei será autorizada para o afastamento total do serviço, concedida, automaticamente, pelo Comandante, Chefe ou Diretor Militar Estadual relativa a cada decênio de tempo de efetivo serviço prestado, sem que isto implique em qualquer restrição para sua carreira.*
>
> *§ 3° A licença especial tem duração de 6 meses, podendo ser gozada em uma ou duas parcelas, quando requerida pelo interessado.*
>
> *§ 4° O período de licença especial não interrompe a contagem do tempo de efetivo serviço.*
>
> *§ 5° A licença especial não é prejudicada pelo gozo anterior de qualquer licença, e para que sejam cumpridos atos de serviço, bem como não anula o direito àquela.*
>
> *§ 6° Uma vez concedida a licença especial, o militar estadual será exonerado do cargo em comissão ou dispensado do exercício das funções que exerce e ficará à disposição do órgão de pessoal da Corporação.*

§ 7º A licença de que trata este artigo será concedida com a remuneração integral do posto ou graduação.

De acordo com a citada legislação, a licença especial adquirida e não gozada em razão do falecimento do beneficiário, como é o caso dos autos, deve ser convertida em pecúnia, o que vai ao encontro do princípio que veda o enriquecimento sem causa.

Nessa hipótese, diante da morte do beneficiário, o direito à indenização previsto em lei transmite-se aos seus herdeiros.

No presente caso, a apelante demonstrou ser herdeira necessária do beneficiário, mediante a juntada de sua certidão de casamento atualizada à data do óbito (fl. 13) e da cópia do processo administrativo de pagamento da indenização, onde se constata ser ela pensionista do regime previdenciário do Estado em virtude da morte de seu cônjuge, ex-policial militar.

Diante disso, a recorrente faz jus ao recebimento do valor referente à conversão da licença especial em indenização.

Conclusão

Ante o exposto, conheço da apelação e dou-lhe provimento para, reformando a Sentença, julgar procedente a ação, condenando o Estado de Mato Grosso do Sul a pagar a Onisia da Penha Loubet Belmonte Costa o valor correspondente à conversão em dinheiro da licença especial adquirida por seu cônjuge, nos termos do boletim de pagamento de fl. 34, com correção monetária desde a data do requerimento administrativo e juros de mora desde a citação.

Condeno o apelado ao pagamento de honorários advocatícios correspondente a 10% sobre o valor da condenação, por apreciação equitativa, com base no art. 20, § 4º do CPC/73, aplicável ao caso.

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. Vilson Bertelli

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

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

Campo Grande, 08 de março de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0053146-26.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Alexandre Bastos

EMENTA – APELAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE DANOS MORAIS – PUBLICAÇÃO DE VÍDEO NO DOMÍNIO ELETRÔNICO DA APELADA (MIDIAMAX NEWS) – O VÍDEO DIFUNDIDO PELA APELADA DIZ RESPEITO A FATOS VERÍDICOS, TENDO SIDO, INCLUSIVE, OBJETO DE PERÍCIA – MERA MENÇÃO AO NOME DA APELANTE NO VÍDEO DIVULGADO, DESPROVIDO DE QUALQUER TEOR DIFAMATÓRIO OU PEJORATIVO – RECURSO IMPROVIDO.

Trata-se de matéria veiculada no sítio de domínio do apelado, que diz respeito ao fato de que o então Governador deste Estado, Sr. André Puccinelli, estaria coagindo servidores públicos comissionados, inclusive a ora apelante, obrigando-os a revelar, nominalmente, os candidatos que votariam no pleito municipal de 2012.

A matéria e o vídeo divulgados tratam de tema de relevante interesse social e, desse modo, justifica-se a atuação da empresa jornalística ora apelada, que obteve a correta intenção de divulgar o fato.

Não restou comprovado nos autos a violação à direito da personalidade da recorrente, até porque não houve a vinculação da imagem desta no vídeo divulgado.

O que se verifica dos autos em apreço é que houve apenas a menção do nome da apelante na matéria divulgada, inexistindo qualquer teor difamatório.

Ausente o dever de indenizar, ante a inexistência de comprovação de violação à imagem e honra da apelante. De fato, a mera citação do nome da autora na reportagem veiculada não é suficiente para caracterizar a existência de dano indenizável, sobretudo pelo fato de não se vislumbrar qualquer contento pejorativo.

Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 22 de março de 2017.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de apelação interposta por Graziella da Silva Tenorio, nos autos de indenização por dano moral, em face de Midiamax News - O Jornal Eletrônico de Mato Grosso do Sul.

A sentença proferida pelo magistrado *a quo* julgou improcedentes os pedidos iniciais da ora apelante, no sentido de condenar o recorrido ao pagamento de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) referente aos danos sofridos por ter sua imagem exposta em um vídeo de publicação não autorizada, constante em matéria de caráter permanente, veiculada na rede mundial de computadores, no domínio eletrônico do recorrido, sem a devida autorização e muito menos sem o seu conhecimento.

Em suas razões recursais (fls. 233/245), a apelante afirma que o Juiz de 1º grau não julgou com costumeiro acerto, ao afirmar que não restou comprovado o dano moral sofrido, e que, no caso, não houve maiores repercussões no campo sentimental.

Aponta o apelante que consta, na reportagem, conteúdo vexatório e humilhante, pois nesta constava que a apelante estava sendo coagida pelo então Governador do Estado.

Afirma ainda que os documentos acostados aos autos concernentes aos fatos relatados fazem a prova bastante do nexo de causalidade entre a conduta do recorrido e o dano moral suportado pela recorrente, que foi exposta a incontáveis dissabores que lhe fizeram sentir, vexada e constrangida junto aos amigos e familiares.

Alega que os danos morais são decorrentes da própria violação à direito da personalidade, que está comprovado *in re ipsa* e é perfeitamente apto a gerar o direito/dever de indenizar.

Salienta que o apelado sequer buscou contato com a apelante para proceder com a apuração da realidade dos fatos, publicando a matéria de qualquer modo, outrossim, se responsabilizando por todas as alegações criadas e publicadas em seu destino eletrônico.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do presente recurso de apelação para que seja reformada a decisão do juízo *a quo*, condenando a apelada à indenização por danos morais.

O recurso foi recebido nos efeitos devolutivo e suspensivo (f. 246).

A apelada apresentou suas contrarrazões (f. 249/256), requerendo seja a sentença de primeira instância mantida integralmente.

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de apelação interposta por Graziella da Silva Tenorio nos autos de ação de indenização por danos morais em face de Midiamax News - O Jornal Eletrônico do Mato Grosso do Sul.

O douto magistrado *a quo* indeferiu o pleito da ora apelante, deixando de condenar a apelada a pagar o montante correspondente a R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de indenização por danos morais.

Inconformado com a r. Sentença do Magistrado Singular, a recorrente interpôs o presente recurso, apresentando as seguintes razões recursais.

Alega a apelante que sofreu danos por ter sua imagem exposta em um vídeo de publicação não autorizada, constante em matéria de caráter permanente, veiculada na rede mundial de computadores, no domínio eletrônico do apelado.

Afirma que as imagens foram feitas em reunião partidária realizada no dia 10 de agosto de 2012 na sede do PMDB, mediante artifícios vis, com câmeras escondidas, com intuito malicioso e para denegrir e prejudicar a imagem dos eleitores e dos candidatos a vereadores que estavam ali presentes

Sustenta que os documentos acostados aos autos concernentes aos fatos relatados comprovam o nexo de causalidade entre a conduta do apelado e o dano moral suportado pela recorrente.

Defende que o ato arbitrário e ilegal promovido pelo recorrido ocasionou ofensa à sua honra.

Ressalta que a reportagem veiculada é dotada de conteúdo vexatório e humilhante. Afirma ainda que constou na matéria, categoricamente, que a recorrente e os demais eleitores presentes na reunião partidária, estavam sendo coagidos pelo Governador do Estado.

Afirma que houve violação à direito da personalidade e que restou comprovado *in re ips*a e, portanto, é apto a gerar o direito/dever de indenizar.

Conclui, por fim, que assiste direito à indenização, por ter tido sua imagem manchada em razão da veiculação do vídeo no sítio de seu domínio.

Pois bem.

Não assiste razão a apelante, ante os fundamentos a seguir expostos.

Da ausência de ofensa à honra e à imagem da apelante.

A princípio, cumpre esclarecer que a matéria veiculada no sítio de domínio do apelado diz respeito ao fato de que o então Governador deste Estado, Sr. André Puccinelli, estaria coagindo servidores públicos comissionados, inclusive a ora apelante, obrigando-os a revelar, nominalmente, os candidatos que votariam no pleito municipal de 2012.

Trata-se de assunto de relevante interesse social e, desse modo, justifica-se a atuação da empresa jornalística ora apelada, que obteve a correta intenção de divulgar tal fato, para que houvesse a devida apuração e até mesmo possível punição dos responsáveis pelo ato coator, que, diga-se de passagem, corresponde a ato ilegal, porquanto cada cidadão possui o direito de votar livremente e em sigilo, como prevê a Constituição da República Federativa do Brasil.

Na verdade, da análise pormenorizada dos autos e do vídeo que nele consta, depreende-se que não houve qualquer lesão à imagem da apelante, tampouco à sua honra.

Como muito bem apontou o magistrado de instância singela, não restou comprovado nos autos a violação à direito da personalidade da recorrente, até porque não houve a vinculação da imagem desta no vídeo divulgado.

O que se verifica dos autos em apreço é que houve apenas a menção do nome da apelante na matéria divulgada, inexistindo qualquer teor difamatório.

De fato, a mera citação do nome da autora na reportagem veiculada não é suficiente para caracterizar a existência de dano indenizável, sobretudo pelo fato de não se vislumbrar qualquer contento pejorativo.

A honra e a imagem são direitos da personalidade amparados pela Carta Constitucional, que dispõe em seu artigo 5º, inciso X , *in 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 Código Civil, por sua vez, também regula a matéria em seu artigo 20, que preceitua:

> *Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.*

De acordo com este dispositivo legal, para que se possa falar em indenização, necessário se faz a comprovação da ofensa à honra. Ora, não vislumbro qualquer ofensa ante a simples menção do nome da apelante em matéria jornalística, conforme dito alhures, tampouco finalidades comerciais por parte do agravado.

A esse respeito, oportunas as palavras do doutrinador Yussef Said Cahali, senão vejamos:

> *Considera-se, também, que "a violação da honra", capaz de impor a indenização, como forma de reparação, é decorrência da imputação de um fato falso, lesivo à honra e à reputação da vítima, e não da simples notícia de um fato realmente acontecido; não tendo, in casu, a notícia divulgada apontado um fato falso, tampouco apresentado vontade deliberada de causar dano à reputação e honra do autor, não há a obrigação de indenizar, eis que não caracterizado dano moral.* [1]

Ademais, bem apontou o Magistrado *a quo* ao afirmar que somente no caso de divulgação da imagem sem autorização e com fins econômicos ou comerciais é que o dano independe de demonstração, é o que consta do teor da Súmula 403 da Corte Superior de Justiça:

> *Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.*

Tem-se que o vídeo difundido pelo apelado é real, baseado em fatos verídicos, inclusive foi objeto de perícia oportunamente realizada, acostado aos autos às f. 155/172.

A propósito, este Egrégrio Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que para a concessão da pretensão de obrigação a título de dano moral, em sendo notícia verídica e de interesse coletivo (como o presente caso) não configura ilicitude, vejamos:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – NOTÍCIA DIVULGADA EM SÍTIO DA INTERNET – EXPOSIÇÃO DA IMAGEM – NÃO VINCULADA – CITAÇÃO DO NOME DA APELANTE – MATÉRIA JORNALÍSTICA SEM CUNHO DEPRECIATIVO – DIREITO DE INFORMAÇÃO – EXCESSO NÃO CONFIGURADO – INEXISTÊNCIA DE OFENSA À HONRA OU IMAGEM – RECURSO DESPROVIDO.*
>
> *O órgão de imprensa que noticia fato verídico de interesse público não comete ilícito. Na ausência de ilícito não deve responder por danos morais. No caso específico, haveria o dano se houvesse ataque pessoal a apelante, o que não ficou configurado. Sentença mantida.* (TJ-MS- APL: 00531150620128120001 MS 0053115-06.2012.8.12.0001, Relator: Des. Nélio Stábile, Data de Julgamento: 26/07/2016, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 26/07/2016).

1 Cahali, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. rev.,ampl e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 331.

É certo que o vídeo divulgado pela apelada é dotado de veracidade, tendo sido, inclusive, objeto de perícia, como mencionado anteriormente.

Destarte, a apelada, empresa jornalística Midiamax News, agiu valendo-se do seu direito à liberdade de informação, amparado pela Carta Magna, não havendo extrapolação dos limites do exercício de direito constitucionalmente assegurado.

Noutras palavras, estando o cerne da controvérsia relacionado à colisão de direitos fundamentais, quais sejam: o direito à imagem e à honra e o direito à liberdade de informação e livre pensamento, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade para solucionar a questão.

Neste caso concreto, é o princípio da liberdade de informação que deve preponderar, tendo em vista a ausência de extrapolação ao direito de informar da apelada, que, tão somente valeu-se do seu dever de ofício.

No mais, o que restou divulgado no vídeo foi uma reunião política, pública, ocorrida em local público, estando presentes mais de 50 (cinquenta) pessoas, inclusive a apelante, inexistindo qualquer ato que denegrisse e maculasse a imagem ou violasse a honra da apelante.

Diante de todo o exposto e demais que consta dos autos, ante a ausência de comprovação acerca dos requisitos ensejadores do dever de indenizar, bem como não havendo violação à honra e imagem da apelante, conheço e nego provimento à presente apelação, mantendo inalterada a decisão recorrida em seus exatos termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

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

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

Campo Grande, 22 de março de 2017.

***

2ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1410476-49.2016.8.12.0000
Relator Des. Alexandre Bastos

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – INGRESSO NO CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR – CANDIDATO QUE NO MOMENTO DA INSCRIÇÃO ESCOLHEU O PÓLO DE NAVIRAÍ/MS PARA DISPUTAR UMA DAS VAGAS OFERTADAS PELO CERTAME – APROVAÇÃO – PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE LOTAÇÃO PARA OUTRO MUNICÍPIO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO EDITALÍCIA – OBSERVÂNCIA ÀS REGRAS DO CERTAME – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – LIMINAR REVOGADA – ORDEM DENEGADA.

À Administração compete observância aos princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, sem margem que lhe permitisse desfecho diverso. O edital, aliás, faz lei entre a Administração e os candidatos, vinculando-os às exigências e diretrizes nele consignadas.

Como corolário, não há falar em direito líquido e certo à lotação em Campo Grande/MS, máxime considerando que o impetrante, no ato da inscrição, optou pelo polo de Naviraí/MS. Além disso, o fato de ter sido lotado em Três Lagoas/MS, cidade que igualmente não integra o polo do município que escolhera, não induz necessária e automaticamente à conclusão de que, por causa disso, tenha direito líquido e certo à lotação especificamente em Campo Grande/MS, notadamente considerando a ausência de previsão a respeito.

Ordem denegada, com revogação da liminar dantes concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 13 de fevereiro de 2017.

Des. Alexandre Bastos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Alexandre Bastos.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Vance Cordeiro Inácio contra ato do Secretário de Administração e Desburocratização do Estado de Mato Grosso do Sul, do Secretário de Justiça e Segurança Pública de Mato Grosso do Sul e do Estado de Mato Grosso do Sul.

Diante da anterior apresentação de relatório às f. 217/220, em atenção ao princípio da economia processual, valho-me do citado documento e ratifico seus termos.

VOTO

O Sr. Des. Alexandre Bastos. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Vance Cordeiro Inácio contra ato do Secretário de Administração e Desburocratização do Estado de Mato Grosso do Sul, do Secretário de Justiça e Segurança Pública de Mato Grosso do Sul e do Estado de Mato Grosso do Sul.

Aduz que nos termos do Edital nº 1/2013 SD/SEJUSP/PMMS, de 27 de agosto de 2013, inscreveu-se para o Concurso Público de Provas para Ingresso no Curso de Formação de Soldado PM/2013, inscrição nº 035218098876, visando preenchimento de 524 (quinhentos e vinte e quatro) vagas existentes no Quadro de Praças da Polícia Militar do Estado de Mato Grosso do Sul, das quais 419 (quatrocentos e dezenove) eram destinadas para o sexo masculino.

Das 419 (quatrocentos e dezenove) vagas para o sexo masculino, 24 (vinte e quatro) eram destinadas à Capital/MS.

Afirma que obteve aprovação em todas as fases do concurso, sendo que sua classificação final foi em 44º (quadragésimo quarto) lugar, com pontuação média de 8,70 (fl. 92) (homologada em 24 de junho de 2016, Diário Oficial nº 9212).

Menciona que, segundo consta do Edital, cláusula XVI, item 16.5, após o término do Curso de Formação de Soldados/PM, os alunos-soldados aprovados seriam convocados, observada a ordem de classificação, para escolha da vaga no município ou distrito integrante do polo de opção do candidato.

Portanto, a escolha de lotação de cada candidato observaria o critério de classificação, ou seja, os candidatos com melhores notas teriam preferência em relação à escolha do município polo.

Dessa forma, em cumprimento às regras estabelecidas, solicitou sua manutenção junto à Unidade Operacional (Pelotão Parque/9º BPM), localizada nesta Capital/MS, apresentando, dentre outras justificativas, as seguintes razões:

> *A dificuldade de locomoção para o interior, sendo certo que a sua lotação para outra cidade demandaria custos excessivos de transporte e moradia; e, o fato de ser arrimo de família, e provedor do lar, já que meus pais não possuem renda fixa.*

No entanto, para sua surpresa, ao consultar o edital final de homologação de lotação dos Soldados (DO nº 9.213, p. 29), verificou ter sido lotado na cidade de Três Lagoas/MS, vez que preterido em relação a outros candidatos aprovados com nota inferior, tais como:

> *(I) Lady Maria Canhete Contrera, aprovada em 48º lugar;*
>
> *(II) Rafael Capilé Britesm, aprovado em 87º lugar;*
>
> *(III) Alex Ângelo de Oliveira, aprovado em 98º lugar;*
>
> *(IV) Nelliton Novais Esteche, aprovado em 52º lugar;*
>
> *(V) Eduardo Inácio Teodoro Lima, aprovado em 84º lugar;*
>
> *(VI) Paulo Henrique Lourenço Nunes, aprovado em 92º lugar;*
>
> *(VII) Thiago Silva de Lara, aprovado em 95º lugar.*

Restando evidenciada a não observância dos critérios de classificação e lotação pelas autoridades coatoras, não lhe restou alternativa, senão o Judiciário, objetivando a garantia do seu direito.

Pugnou pela concessão da ordem, reconhecendo-se a ilegalidade do ato coator, e, por consequência, garantindo-se lotação definitiva junto a Unidade Operacional – Pelotão Parque/9º BPM, da Capital/MS.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações e apresentou defesa às f. 154/194. Para tanto, juntou os documentos de f. 195/202, dentre os quais constam informações do Diretor de Gestão de Pessoal da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul.

Pois bem. Nada obstante os argumentos expendidos pelo impetrante, a ordem deve ser denegada.

Como cediço, em conformidade com expresso dispositivo constitucional, o mandado de segurança será sempre pertinente contra ilegalidade ou abuso de poder praticado pelo agente público ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições de Poder Público, *ex vi* do artigo 5º, inciso LXIX, da CF*, in verbis*:

> *Art. 5º (...)*
>
> *LXIX. conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus ou habeas-data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;*

Por direito líquido e certo entende-se aquele determinado em seus contornos, comprovável de plano, que não exige dilação probatória, conforme giza Hely Lopes Meireles:

> *Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.* (Mandado de Segurança, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 36-37)

In casu, em que pese a irresignação do impetrante, não se pode olvidar que à Administração compete observância aos princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, sem margem que lhe permitisse desfecho diverso. O edital, aliás, faz lei entre a Administração e os candidatos, vinculando-os às exigências e diretrizes nele consignadas.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. REQUISITOS PREVISTOS E NÃO CUMPRIDOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. [...] 2. É firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que o edital é a lei do concurso, cujas regras vinculam tanto a Administração quanto os candidatos. 3. Ausente impugnação ao instrumento convocatório no momento oportuno, inviável a presente via para contestar as regras ali estabelecidas, ainda mais quando o foram com respaldo na legislação aplicável à espécie, diga-se, a Lei estadual n. 10.954/93. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.* (STJ, AgRg no RMS 43.065/PE, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 20/11/2014, DJe 05/12/2014).

Veja-se também jurisprudência deste Tribunal Estadual:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO - NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS EXIGIDOS EM EDITAL – DESCLASSIFICAÇÃO DA CANDIDATA - VINCULAÇÃO AO EDITAL – AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE - PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA - SÚMULAS 473 E 346 DO STF - DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO- SENTENÇA MANTIDA. - Não podem os candidatos aprovados em concurso público, se absterem da apresentação da documentação exigida pelo edital, sob pena de representar ofensa aos princípios da isonomia, da impessoalidade e da vinculação ao instrumento convocatório. - 'O Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório se traduz na regra de que o edital faz lei entre as partes, devendo os seus termos serem observados até o final do certame, vez que vinculam as partes' (REsp 354.977/SC). - Não se reputa ilegal o fato da comissão de concurso, após rever os documentos efetivamente entregues pelo candidato, constatar posteriormente a irregularidade deste, eis que agiu no exercício de seus poder-dever de autotutela, situação em que pode anular ou revogar o ato eivado de vício, não havendo qualquer ilegalidade ou arbitrariedade a respeito, nos termos das Súmulas nos termos das Súmulas 473 e 346 do STF.*
>
> *Recurso desprovido* (TJMS, Apelação em MS nº 0806318-91.2016.8.12.0002, Relator(a): Juiz Jairo Roberto de Quadros; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 17/11/2016; Data de registro: 18/11/2016)
>
> *EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – PROVA DE TÍTULOS – TÍTULOS DESCONSIDERADOS PELA COMISSÃO ORGANIZADORA – INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DISPOSTOS NO EDITAL QUE REGE O CERTAME – PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – SEGURANÇA DENEGADA (...) Em sede de concurso público deve ser observado o princípio da vinculação ao edital, valendo lembrar que este ato normativo (o edital), o qual disciplina todo o processamento do certame, é a lei interna do concurso, de modo que ele vincula tanto a Administração Pública quanto os candidatos, dele não podendo se afastar, salvo na hipótese de violar preceitos legais ou constitucionais.* (TJMS, Mandado de Segurança - Nº 4007411-65.2013.8.12.0000, Des. Paschoal Carmello Leandro, 1ª Seção Cível, j., 4 de novembro de 2013).

In casu, da leitura do Edital nº 1/2013, SD/SEJUSP/PMMS, de 27.08.2013, não emerge convicção que se coadune à pretensão deduzida pelo impetrante. Note-se:

> *1.4 - O Concurso Público de Provas para Ingresso no Curso de Formação de Soldados PM/2013 será realizado nos municípios de: Campo Grande, Dourados, Três Lagoas e Naviraí.*
>
> *1.4.1 - Os municípios de realização das provas, os municípios pólos e os respectivos municípios e distritos de lotação constam no Anexo II deste Edital.*
>
> *1.4.2 - **O candidato ao optar pelo município polo define o local de realização de sua prova**.* (grifamos). (fl. 14).

Na sequência, o item 1.6 do citado Edital, espelha:

> *Após a aprovação no Curso de Formação de Soldados PM, o policial militar será designado para prestar serviço em município do Estado de Mato Grosso do Sul conforme sua opção.*

Por fim, o item 16.5, assim dispôs:

> *16.5 - Após o término do Curso de Formação de Soldados/PM, os alunos-soldados PM aprovados serão:*
>
> *a) convocados, observada a ordem de classificação, para escolha da vaga no município ou distrito integrante do município polo de opção do candidato;*

> *b) designados pelo Comandante-Geral da PMMS para prestar serviços no município ou distrito de lotação integrante do município polo de sua opção.* (fl. 47)

Exsurge, como corolário, que o Edital é claro ao estabelecer que o candidato aprovado será designado para prestar serviço no município de sua opção, este entendido como aquele escolhido no ato da inscrição do concurso, no caso, polo de Naviraí/MS, que engloba Eldorado, Iguatemi, Itaquiraí, Jacareí, Japorã, Juti, Mundo Novo, Porto Morumbi, Naviraí e Sete Quedas.

Nesse contexto, não há falar em direito líquido e certo à lotação em Campo Grande/MS, máxime considerando que o impetrante, no ato da inscrição, optou pelo município de Naviraí/MS, não se afigurando plausível impingir à Administração alteração de sua lotação única e exclusivamente em razão de eventual existência de vagas ainda não preenchidas em outro município, tampouco para atender seus interesses particulares, sob pena de ofensa aos princípios da isonomia e legalidade consagrados na Constituição Federal, que tem por finalidade, respectivamente, garantir tratamento igualitário para todos os cidadãos e impedir que Administração Pública pratique qualquer ato desprovido de previsão legal.

Consoante bem destacado pela eminente Procuradora de Justiça em seu parecer (f. 212)*:*

> *Vale ressaltar que o fato de o Impetrante ter sido convocado para realizar o Curso de Formação de Soldado na cidade de Campo Grande, por si só, não altera o seu polo de lotação, haja vista que, como bem salientado pela autoridade impetrada em suas informações, tal fato ocorreu por conveniência e oportunidade da Administração Pública, pois o Centro de Formação daquela cidade, na época dos fatos, dispunha de logística e vaga para o processo de Formação, somente para o período do curso de formação.*

Repita-se, o edital faz lei entre a Administração e os candidatos, vinculando-os às exigências e diretrizes nele consignadas.

Logo, inexistindo previsão editalícia que autorize a mudança de localidade outrora escolhida pelo candidato, por certo que à Administração Pública é vedado concretizar a alteração sem embasamento legal, sobretudo porque assim o fazendo estaria violando os princípios da legalidade e da isonomia.

Mister ressaltar, sob outro prisma, que a alteração de lotação do candidato aprovado no concurso, ou remoção, está adstrita ao critério discricionário da Administração Pública, não podendo o Judiciário adentrar nesta seara, salvo em caso de flagrante ilegalidade. Nesse diapasão o posicionamento emanado do Pretório Excelso:

> *ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL DE LOTAÇÃO DE SERVIDOR. REQUISITOS. ATO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. 1. A jurisprudência desta Corte é firme na compreensão de que o ato de lotação pela Administração Pública é discricionário, analisado segundo os critérios da conveniência e oportunidade. 2. Agravo interno desprovido.* (AgRg no AgRg no RMS 20.688/RJ, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 30/06/2016, DJe 01/08/2016)

No mesmo tom verificou-se o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, *mutatis mutandis*:

> *EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS DE DECISÃO MONOCRÁTICA. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO CIVIL. INÍCIO DO PRAZO RECURSAL. FAZENDA PÚBLICA. JUNTADA DO MANDADO DE INTIMAÇÃO DEVIDAMENTE CUMPRIDO. ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE REMOÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. LOTAÇÃO INICIAL. PREVISÃO EDITALÍCIA. CONVENIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AGRAVO IMPROVIDO. I – O prazo recursal para a Fazenda Pública é contado em dobro e se inicia*

> *da data da juntada do mandado de intimação devidamente cumprido, conforme os arts. 188 e 241, II, do CPC. II - A orientação desta Corte é no sentido de afastar a incidência do art. 226 da Lei Maior como fundamento para concessão de remoção de servidor público na hipótese em que não se pleiteia a remoção para acompanhar cônjuge, mas sim a lotação inicial de candidato aprovado em concurso público. III - Fixada pela Administração a lotação inicial do servidor, conforme regras previamente definidas no edital do concurso, inviável a remoção pretendida, sob pena, inclusive, de ingerência do Judiciário em assunto próprio da Administração Pública. IV – Agravo regimental improvido* (RE 593338 ED, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, DJe-124 Divulg 29-06-2011 Public 30-06-2011 Ement VOL-02554-01 PP-00171)

De outro vértice, o fato de o impetrante ter sido lotado em Três Lagoas/MS, cidade que igualmente não integra o polo do município que escolhera, não induz necessária e automaticamente à conclusão de que, por causa disso, tenha direito líquido e certo à lotação especificamente em Campo Grande/MS, notadamente considerando a ausência de previsão a respeito, conforme já frisado.

Aliás, deparando-se com caso à semelhança, assim se posicionou a 3ª Seção Cível deste Sodalício:

> *EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – INGRESSO NO CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR – CANDIDATO QUE ESCOLHEU O MUNICÍPIO DE NAVIRAÍ/MS PARA DISPUTAR UMA DAS VAGAS OFERTADAS PELO CERTAME – APROVAÇÃO – PEDIDO DE ALTERAÇÃO DE LOTAÇÃO PARA OUTRO MUNICÍPIO – ALEGAÇÃO DE NÃO PREENCHIMENTO DE TODAS AS VAGAS – AUSÊNCIA DE PREVISÃO EDITALÍCIA – OBSERVÂNCIA ÀS REGRAS DO CERTAME – AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO – ORDEM DENEGADA. A Administração Pública está vinculada as disposições editalícias (princípio da vinculação ao edital) que, diga –se de passagem, é a lei do certame, de modo que deve se ater rigorosamente aos requisitos nele insertos, sob pena de violação ao princípio da legalidade. Verificado que o impetrante, quando da inscrição do certame, escolheu o município de Naviraí/MS para disputar uma das vagas previstas no edital, não pode agora, após a sua aprovação, pleitear a alteração da lotação inicial, sob o argumento de que no município almejado as vagas não foram todas preenchidas, uma vez que o Edital não previu tal possibilidade. Admitir a pretensão inicial seria violar os princípios da isonomia e legalidade.* (Mandado de Segurança - Nº 1407867-64.2014.8.12.0000 - Campo Grande - 3ª Seção Cível - Relator – Des. Eduardo Machado Rocha, julg.15 de setembro de 2014)

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Alexandre Bastos, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 13 de fevereiro de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0800505-40.2014.8.12.0039 - Pedro Gomes
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – INDEFERIMENTO DA INICIAL – EXIGÊNCIA DE JUNTADA DE EXTRATO BANCÁRIO REFERENTE AO MÊS DE FEVEREIRO DE 1989 – DESNECESSIDADE – CONDIÇÃO DE POUPADOR DEVIDAMENTE COMPROVADA COM O EXTRATO DE JANEIRO/89 – APLICAÇÃO DO CDC – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Despicienda a juntada de extrato bancário do mês de fevereiro de 1989, porquanto demonstrada a existência da conta-poupança da época dos fatos, e prevista a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, cabendo à instituição financeira trazer aos autos os extratos referentes às datas dos planos econômicos questionados, consoante entendimento fixado pelo STJ no recurso paradigma RE nº 1.133.872/PB.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 8 de fevereiro de 2017.

Des. Amaury da Silva Kuklinski - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

Antonio Zacarias Sabino interpõe recurso de apelação contra a sentença de fls. 97/99 que indeferiu a petição inicial e extinguiu, sem resolução de mérito, o cumprimento de sentença movido em face de HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo, em razão da ausência de documento indispensável à propositura da demanda, concernente à comprovação de que o apelante possuía valores depositados em conta poupança em fevereiro de 1989.

Sustenta que há comprovação de que em janeiro de 1989 o exequente/apelante possuía saldo em caderneta de poupança junto à instituição financeira recorrida.

Defende a desnecessidade de juntada do extrato referente ao mês de fevereiro de 1989, sobretudo porque a condição de poupador legitima o recorrente a postular o cumprimento da sentença coletiva.

Pede, ao final, o provimento do recurso para reformar a sentença, para que a ação tenha sua norma processamento.

Sem contrarrazões, pois não houve citação da parte *ex adversa.*

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta por Antônio Zacarias Sabino contra a sentença de fls. 97-99, proferida nos autos da ação de cumprimento de sentença ajuizada em desfavor do HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo, em que o magistrado *a quo*, ao fundamento de que competia ao autora, ora apelante, comprovar que possuía valores depositados na instituição financeira no período dos expurgos inflacionários do Plano Verão, facultou a emenda da inicial para juntada de extrato referente ao mês de fevereiro de 1989, mas, em vista da ausência do documento enfocado, indeferiu a inicial e extinguiu o feito sem resolução de mérito.

Inicialmente, esclareça-se que, considerando que a sentença e a interposição do presente recurso se deram sob a égide do CPC de 1973, este deve reger o julgamento do presente recurso, o qual deve prosperar.

Verifica-se dos autos que o apelante comprovou o vínculo de poupador junto ao banco recorrido, conforme demonstra o documento juntado a fl. 65, de onde se constata que no mês de janeiro de 1989 havia saldo em caderneta de poupança.

Nesse contexto, ainda que ausente demonstrativo do mês de fevereiro de 1989, não se vislumbra motivo para o indeferimento da inicial do cumprimento de sentença, máxime pela comprovação de que possuía caderneta de poupança junto à instituição financeira, condição necessária a legitimar o consumidor de exigir o crédito exequendo.

Aliás, incidem na espécie as regras inerentes à Lei Consumerista, de modo que, se ausente documento que o magistrado entenda como pertinente para solução da demanda, poderia ser determinada a inversão do ônus da prova para que a instituição financeira apresentasse os extratos referentes à caderneta de poupança.

Nesse sentido, já decidiu o STJ, no julgamento de Recurso Especial representativo de controvérsia:

> *RECURSO ESPECIAL REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC) - AÇÃO DE COBRANÇA - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA - PLANOS BRESSER E VERÃO - PRELIMINAR - PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA - NÃO-OCORRÊNCIA - EXIBIÇÃO DOS EXTRATOS BANCÁRIOS - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM FAVOR DA CORRENTISTA - POSSIBILIDADE - OBRIGAÇÃO DECORRENTE DE LEI - CONDICIONAMENTO OU RECUSA - INADMISSIBILIDADE - RESSALVA - DEMONSTRAÇÃO DE INDÍCIOS MÍNIMOS DA EXISTÊNCIA DA CONTRATAÇÃO - INCUMBÊNCIA DO AUTOR (ART. 333, I, DO CPC) - ART. 6º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 211/STJ - NO CASO CONCRETO, RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - Preliminar: nas ações em que se discutem os critérios de remuneração de caderneta de poupança e são postuladas as respectivas diferenças de correção monetária e dos juros remuneratórios, o prazo prescricional é de vinte anos, não transcorrido, na espécie; II - A obrigação da instituição financeira de exibir os extratos bancários necessários à comprovação das alegações do correntista decorre de lei, já que se trata de relação jurídica tutelada pelas normas do Código do Consumidor, de integração contratual compulsória, não podendo ser objeto de recusa nem de condicionantes, em face do princípio da boa-*

> *fé objetiva; III - A questão relativa ao art. 6º da LICC não foi objeto de debate no v. acórdão recorrido, ressentindo-se o especial, portanto, do indispensável prequestionamento, incindindo, na espécie, o Enunciado n. 211/STJ; IV - Para fins do disposto no art. 543-C, do Código de Processo Civil, é cabível a inversão do ônus da prova em favor do consumidor para o fim de determinar às instituições financeiras a exibição de extratos bancários, enquanto não estiver prescrita a eventual ação sobre eles, tratando-se de obrigação decorrente de lei e de integração contratual compulsória, não sujeita à recusa ou condicionantes, tais como o adiantamento dos custos da operação pelo correntista e a prévia recusa administrativa da instituição financeira em exibir os documentos, com a ressalva de que ao correntista, autor da ação, incumbe a demonstração da plausibilidade da relação jurídica alegada, com indícios mínimos capazes de comprovar a existência da contratação, devendo, ainda, especificar, de modo preciso, os períodos em que pretenda ver exibidos os extratos; V - Recurso especial improvido, no caso concreto.* (REsp 1133872/PB, Rel. Min. Massami Uyeda, Segunda Seção, Julgado em 14/12/2011, DJe 28/03/2012)

No mesmo sentido, é a jurisprudência deste Tribunal:

> *APELAÇÃO CÍVEL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – EXPURGOS INFLACIONÁRIOS – INDEFERIMENTO DA INICIAL POR AUSÊNCIA DE DOCUMENTO INDISPENSÁVEL – EXTRATO DE POUPANÇA – FEVEREIRO/1989 – JUNTADA DE EXTRATOS PELO AUTOR QUE COMPROVAM SUA CONDIÇÃO DE POUPADOR – SUFICIENTES – DEMAIS DOCUMENTOS – DEVER DE INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO TENDO EM VISTA A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – SENTENÇA ANULADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO* (Relator(a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso; Comarca: Pedro Gomes; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 15/03/2016; Data de registro: 16/03/2016).

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. COMPROVADA A TITULARIDADE DA CONTA MESMO DE FORMA INDICIÁRIA. EMBARGOS ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. Após a análise detida dos autos, resta evidenciado que as circunstâncias do caso concreto apontam para a constatação de que o autor, mesmo de forma indiciária, provou a existência da caderneta de poupança ao tempo em que os expurgos inflacionários teriam incidido e haveriam de ser reconhecidos como tal através da presente ação. Logo, desnecessária a juntada do extrato concernente ao mês de fevereiro de 1989, porquanto demonstrado pela apelante, mediante documento carreado à fl. 65 - o qual serve como indicio mínimo a comprovar a contratação -, que, de fato, possuía saldo em caderneta de poupança junto à instituição financeira apelada.* (Embargos de Declaração n. 0800486-34.2014.8.12.0039/50000; Rel. Des. Divoncir Schreiner Maran, 1ª Câmara Cível; D.J.: 7.6.2016).

Logo, desnecessária a juntada do extrato concernente ao mês de fevereiro de 1989, porquanto demonstrado pela apelante, mediante documento carreado à fl. 65 - o qual serve como indicio mínimo a comprovar a contratação -, que, de fato, possuía saldo em caderneta de poupança junto à instituição financeira apelada.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para tornar insubsistente a sentença hostilizada, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem para o seu regular prosseguimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 08 de fevereiro de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0800503-36.2015.8.12.0039 - Pedro Gomes
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – PEDIDO PARA LIGAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – AUSÊNCIA DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DA POSSE OU PROPRIEDADE DO IMÓVEL – EXIGÊNCIA DESPROPORCIONAL E NÃO RAZOÁVEL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – SERVIÇO ESSENCIAL – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO QUE NÃO SE VINCULA AO IMÓVEL – APELO CONHECIDO E PROVIDO.

O acesso a serviços públicos – dentre esses o fornecimento de energia elétrica é condição mínima para a efetivação da dignidade da pessoa humana.

Ademais, o serviço de energia elétrica encontra-se no rol daqueles considerados essenciais - senão pela óbvia necessidade do ser humano em ter acesso a esse - pela definição legal contida na Lei n.º 7.783/89 (Lei de Greve) que traz em seu bojo aqueles serviços que são considerados essenciais a sociedade.

O princípio da dignidade da pessoa humana, ligado à essencialidade da prestação do serviço público, fortalece o entendimento de que o acesso à energia elétrica é de caráter obrigatório, se sobrepondo claramente a Resolução Normativa n.º 414, de 09.09.2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica.

A concessionária dispõe de meios adequados para a realização da cobrança, inclusive por meio da suspensão do serviço oferecido.

A prestação do serviço se vincula ao solicitante, e não ao imóvel.

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 maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º Vogal, vencidos o Relator e o 4º Vogal que negavam provimento, julgamento de acordo com a técnica do artigo 942, do CPC.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2016.

Des. Amaury da Silva Kuklinski – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Osmar João Ferreira interpõe apelação, insurgindo-se contra a sentença de fls. 90/94, proferida pelo juiz da vara única de Pedro Gomes, Dr. Francisco Soliman, que julgou improcedente o pedido inicial da ação de obrigação de fazer que move em face da Energisa S/A.

Informa que pretende obter o fornecimento de energia elétrica no imóvel no qual exerce a posse; que juntou documento comprovando a posse (fls. 15/20), de modo não haver obstáculo à prestação do serviço; que no imóvel há uma casa de alvenaria, com a parte elétrica pronta e padrão instalado, preparado, portanto, para instalação da rede de energia elétrica.

Discorre sobre o fato de se tratar de serviço essencial; fala sobre o princípio da dignidade da pessoa humana.

Pede, ao final, o provimento do recurso e a conseguinte procedência do pedido inicial.

Sem contrarrazões.

VOTO (EM 26/10/2016)

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

Osmar João Ferreira interpõe apelação cível, insurgindo-se contra a sentença de fls. 90/94, proferida pelo d. juiz da vara única de Pedro Gomes, Dr. Francisco Soliman, que julgou improcedente o pedido inicial da ação de obrigação de fazer que move em face da Energisa S/A.

O novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, entrou em vigor no dia 18 de março de 2016. E a douta sentença foi publicada em 18 de julho de 2016 (f. 95), ou seja, já sob à égide do novel diploma, de sorte que este deve reger o julgamento do presente recurso.

Consoante o disposto no art. 1.010 e parágrafos[1] do NCPC, o d. Juízo *a quo* conferiu os requisitos formais do recurso, determinou a intimação da apelada para apresentar contrarrazões e promoveu a remessa dos autos ao Tribunal para juízo de admissibilidade.

Passo ao juízo de admissibilidade.

Observa-se que o apelante foi intimado da sentença pelo Diário da Justiça nº. 3659, do dia 29/07/2016, certidão de f. 96, com início do prazo em 01/08/2016 e término em 22/08/2016, após feriado em 11/08/2016.

O presente recurso foi interposto em 08/08/2016, em atenção, portanto, ao prazo do § 5º[2] do art. 1003 do NCPC.

Observa-se, outrossim, que o apelante foi contemplado pela benesse da justiça 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.

1 Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá:
I - os nomes e a qualificação das partes;
II - a exposição do fato e do direito;
III - as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade;
IV - o pedido de nova decisão.
§ 1º O apelado será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias.
§ 2º Se o apelado interpuser apelação adesiva, o juiz intimará o apelante para apresentar contrarrazões.
§ 3º Após as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade.

2 § 5º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.

A demanda resume-se à pretensão de fornecimento de energia elétrica no "*lote de terreno suburbano sob o nº 131, com 2.5 hectares, situado no Município de Pedro Gomes MS*", no qual, segundo aduz o autor, exercer a posse desde 1977.

A douta sentença de improcedência justificou-se na ausência de prova da propriedade ou da posse, conforme exigido pela Aneel, na Resolução nº. 414, de 09/09/2010.

Na r. sentença, o douto juízo assim se fundou:

> *(...)*
>
> *A pretensão do autor não merece prosperar.*
>
> *A Agência Nacional de Energia Elétrica ANEEL, ao editar a Resolução Normativa n. 414, de 09/09/2010, estabeleceu as condições gerais de fornecimento de energia elétrica de forma atualizada e consolidada, cujas disposições devem ser observadas pelas distribuidoras e consumidores (art. 1º).*
>
> *Sobre as condições de fornecimento de energia elétrica, estabelece o art. 27, II, "h", da referida resolução:*
>
> *Art. 27. Efetivada a solicitação de fornecimento, a distribuidora deve cientificar o interessado quanto à:*
>
> *(...)*
>
> *II - necessidade eventual de:*
>
> *(...)*
>
> *h) apresentação de documento, com data, que comprove a propriedade ou posse do imóvel;*
>
> *Nesse sentido foram as informações prestadas pela requerida ao requerente, conforme documento de f. 59: (...). Informamos o que somente estaremos aptos em atendê-lo (a) quando V.S.º nos enviar o registro do imóvel atualizado e a documentação que comprove o perímetro da propriedade* (Cópia do IPTU/ITR). (...).

Portanto, era obrigação do requerente apresentar os documentos exigidos pela requerida a fim de possibilitar os atendimentos iniciais de estudo e viabilização da obra de instalação da rede elétrica, o que não foi providenciado.

Conforme esclareci na decisão que indeferiu o pedido de antecipação de tutela (f. 31/32), *"embora o requerente alegue a posse sobre o imóvel em questão, nenhum documento foi trazido aos autos para demonstrar esse fato. A certidão oriunda do Registro de Imóveis indica como proprietário o Sr. Enedino Torquato da Silva (f. 16), ao passo que a escritura pública de compra e venda (f. 17/20) menciona o Sr. João Carlos Ferreira como adquirente. Ou seja nenhum desses documentos revela que o requerente é possuidor do imóvel"*. E no decorrer da instrução processual, a realidade acima mencionada não se alterou, tendo em vista que o autor não trouxe aos autos nenhuma prova sobre a posse/propriedade do imóvel ou manifestou interesse em produzi-la (f. 88), embora intimado para tanto (f. 83/84).

Diante desse contexto, não há falar em inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista a ausência de elemento probatório que indique a verossimilhança das alegações. Do contrário, resultaria exigir da parte requerida a produção de prova negativa (...).

Diante disso, o autor apenas fez alegações em sua inicial, no entanto, não juntou qualquer documento dando conta de ser proprietário ou possuidor do imóvel pelo qual está postulando a extensão da rede de energia, ônus que lhe incumbia, a teor do art. 373, I, do Código de Processo Civil (antigo art. 333, I, CPC/1973), razão pela qual a improcedência do pedido é impositiva.

Por fim, destaco que apesar de o fornecimento de energia elétrica ser considerado serviço público essencial, no caso em tela, a postura da requerida não foi inadequada a ponto de violar esse direito, tendo em vista que o requerente não providenciou a documentação exigida à prestação do serviço de instalação da rede elétrica, conforme acima exposto.

Isso Posto, com fundamento no artigo 487, I, do Código de Processo Civil, julgo improcedente o pedido intentado por Osmar João Ferreira em face da Energisa Mato Grosso do Sul Distribuidora de Energia S.A, ambos qualificados nos autos.

Bem se vê, portanto, que, por força da Resolução nº. 414 da Aneel, é necessário, para o fornecimento de energia em determinado imóvel, a comprovação da posse ou da propriedade – não tendo o autor logrado êxito neste mister.

Os documentos que acompanham a petição inicial em nada contribuíram e, além disso, instado a se manifestar sobre prova a produzir, o autor quedou-se inerte, conforme certificado à f. 88.

Constatado, portanto, que a ligação da energia na unidade consumidora está condicionada à apresentação de documento que comprove a posse ou propriedade do imóvel, o que não foi providenciado pelo demandante, como concluiu com acerto o d. sentenciante, é induvidoso que a questão deve se encerrar pela improcedência do pedido inicial.

Não se duvida do caráter essencial do serviço de energia elétrica, mas o seu fornecimento depende de um lastro probatório mínimo da posse ou da propriedade, o que não restou evidenciado nos autos, de modo a justificar a negativa do pleito.

A sentença foi prolatada de acordo com o entendimento jurisprudencial, como se afere deste aresto:

> *ENERGIA ELÉTRICA. NOVA LIGAÇÃO. TARIFAS PENDENTES DE PAGAMENTO. ANTIGO USUÁRIO. TRANSFERÊNCIA. PROPRIEDADE. POSSE. PROVA.*
>
> *A concessionária pode condicionar o fornecimento de energia à prova da posse ou propriedade, na hipótese de haver prova da posse sobre o imóvel. Art. 27, II, h, Res. 414/10, ANEEL. Negado seguimento ao recuso.* (TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70067752105, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 15/12/2015).
>
> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. RESOLUÇÃO Nº 414/2010 DA ANEEL. AUSÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DA PROPRIEDADE OU POSSE DO IMÓVEL. FALTA DO PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. ART. 273 DO CPC.*
>
> *I - O pressuposto do interesse do usuário na contratação do serviço de energia elétrica, através da comprovação da propriedade ou posse do imóvel decore do art. 27, II, h, da Resolução nº 414/2010 da ANEEL. No caso, ausente demonstração do cumprimento dos requisitos obrigatórios e eventuais para a solicitação do fornecimento de energia elétrica pela parte agravante. Precedentes deste TJRS. II - A par da natureza essencial e da estatura do direito, não comprovado o perigo de lesão grave e de difícil reparação, acaso mantida a decisão impugnada, especialmente diante do estado atual das coisas há mais*

> *de quinze anos, a afastar a alegada urgência - art. 273 do CPC. Agravo de instrumento desprovido.* (TJRS. Agravo de Instrumento Nº 70066012923, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Delgado, Julgado em 26/11/2015).

É de ser mantido esse entendimento até mesmo porque o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que:

> *A obrigação de pagar pelo serviço de fornecimento de energia elétrica deve ser considerada de natureza pessoal, não se vinculando à titularidade do imóvel, mas ao consumidor dos serviços. A dívida oriunda de contrato de fornecimento de energia elétrica acompanha o consumidor cadastrado no sistema da concessionária, não podendo, pois, ser atribuída a terceiro que não tinha a posse nem a propriedade da unidade consumidora à época de sua constituição.* (STJ, Recurso Especial nº 1589789 - MG (2016/0062213-2) Relatora : Min. Regina Helena Costa, julgado em 18.04.2016).

E, com efeito, se a responsabilidade pelo pagamento do serviço de fornecimento de energia elétrica não se vincula à titularidade do bem, mas ao sujeito que manifesta vontade de receber os serviços, deve ele provar sua condição proprietário do imóvel ou legítimo possuidor dele, de cuja prova, no caso, o apelante não se desincumbiu.

Além disso, como entendeu o Superior Tribunal de Justiça no mesmo acórdão acima mencionado, *"a dívida oriunda de contrato de fornecimento de energia elétrica acompanha o consumidor cadastrado no sistema da concessionária, não podendo, pois, ser atribuída a terceiro que não tinha a posse nem a propriedade da unidade consumidora à época de sua constituição"*.

Logo, é legítima a exigência da prova da propriedade ou posse do imóvel, feita pela concessionária, da qual não se desincumbiu o autor. Somente um desses legitimados, tal como contido na Resolução 414 da Aneel, indicada pelo magistrado, é quem pode obter a ligação da energia elétrica ao seu padrão, porque há de existir um responsável pelo pagamento do consumo, que deve corresponder àquele que se revela, por alguma forma, titular sobre o bem onde a energia passará a ser fornecida, lembrando que a concessionária primeiro oferece a energia para somente depois promover a cobrança, fazendo-o sobre aquele que consta em seus registros e cadastros como o solicitante e responsável pelo pagamento.

Por isto que a r. sentença deve ser mantida.

Ante o exposto, conheço da apelação de Osmar João Ferreira e lhe nego provimento, mantendo *in totum* a r. sentença profligada.

Arbitro honorários recursais em 2% (dois por cento) sobre o valor atribuído à causa, na forma do artigo 895, §§ 1º e 11, tenha ou não existido contrarrazões do apelado.

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

VOTO (EM 09/11/2016)

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

Osmar João Ferreira interpôs apelação, inconformado com a sentença prolatada pelo juízo singular, que julgou improcedente o pedido inicial exposto na ação de obrigação de fazer movida em desfavor de Energisa/S.A.

Peço vênia para divergir do voto do relator .

Compulsando os autos verifica-se que, o julgamento improcedente do pedido inicial deu-se exclusivamente em razão da não comprovação de posse ou propriedade do imóvel para o qual está postulando a extensão da rede de energia. Vejamos:

Diante disso, o autor apenas fez alegações em sua inicial, no entanto, não juntou qualquer documento dando conta de ser proprietário ou possuidor do imóvel pelo qual está postulando a extensão da rede de energia, ônus que lhe incumbia, a teor do art. 373, I, do Código de Processo Civil (antigo art. 333, I, CPC/1973), razão pela qual a improcedência do pedido é impositiva.

Por fim, destaco que apesar de o fornecimento de energia elétrica ser considerado serviço público essencial, no caso em tela, a postura da requerida não foi inadequada a ponto de violar esse direito, tendo em vista que o requerente não providenciou a documentação exigida à prestação do serviço de instalação da rede elétrica, conforme acima exposto.

Em que pese a bem fundamentada sentença, tem-se claramente que a sua confirmação vai de encontro à um dos princípios basilares do direito pátrio, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

É sabido que a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) é conhecida como Constituição Cidadã justamente por trazer em seu bojo normas que buscam garantir e efetivar direitos fundamentais aos indivíduos. Como não poderia ser diferente, a dignidade da pessoa humana foi elevada a fundamento do Estado Democrático de Direito[3].

A Dignidade da Pessoa Humana foi assim definida por Ingo Wolfgang Sarlet[4]:

> *A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido,* ***um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos***. (grifei)

Nessa senda, fica claro que o acesso a serviços públicos é condição mínima para a efetivação da dignidade da pessoa humana. Não é possível vislumbrar que atualmente ainda haja restrições de acesso à direitos mínimos como energia elétrica, saneamento básico e saúde (dentre inúmeros outros), até mesmo porque, são meios para garantia de outro direito fundamental constitucionalmente protegido: a Vida.

Não se pode olvidar que, não há direitos absolutos em nosso ordenamento jurídico. No entanto, para que o direito a dignidade da pessoa humana seja flexibilizado, deverá estar em colisão com outro direito de igual, ou maior importância, o que não vem a ser o caso em análise.

---

3 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

4 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

O serviço de energia elétrica encontra-se no rol daqueles considerados essenciais - senão pela óbvia necessidade do ser humano em ter acesso a esse - pela definição legal contida na Lei n.º 7.783/89 (Lei de Greve) que traz em seu bojo aqueles serviços que são considerados essenciais a sociedade. Vejamos:

> *Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:*
>
> *I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; (...)*

Destaque-se ainda que, para conferir eficácia à Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor (aplicável ao caso), em seu art. 22, estabelece que os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Assim sendo, o princípio da dignidade da pessoa humana, ligado à essencialidade da prestação do serviço público, fortalece o entendimento de que o acesso ao fornecimento de energia elétrica é de caráter obrigatório, se sobrepondo claramente a Resolução Normativa n.º 414, de 09.09.2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica.

Tal entendimento foi o utilizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul ao julgar caso análogo. Vejamos:

> *APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. OBRIGAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA EM EFETUAR A LIGAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE CONFIGURAÇÃO DO DANO. DESCABIMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 1. Ligação de energia em imóvel localizado em loteamento irregular: embora pendente de regularização do loteamento, a essencialidade do serviço associada aos princípios da dignidade da pessoa humana impõe a obrigatoriedade do acesso ao fornecimento de energia elétrica à unidade consumidora. (...) Apelações Improvidas.* (TJRS - Apelação Cível Nº 70070908496, Terceira Câmara Cível - Relatora: Matilde Chabar Maia, Julgado em 20/10/2016)

No mesmo sentido ainda:

> *AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER PEDIDO DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA LOTEAMENTO IRREGULAR OPOSIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE 1º GRAU FUNDADA NA CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA COM A CONCESSIONÁRIA, CONDICIONANDO O FORNECIMENTO DO SERVIÇO À PROVA DA REGULARIDADE DO LOTEAMENTO IRREGULARIDADE QUE NÃO PODE RESTRINGIR OU OBSTAR DIREITO DA PESSOA DE ACESSO AO SERVIÇO DE ENERGIA ELÉTRICA AUSÊNCIA DE PROVA DE MÁ-FÉ DOS AUTORES SENTENÇA CONFIRMADA.* (TJSP – Apelação n.º º 3000625-49.2013.8.26.0447 – Relator Edgar Rosa - Julgamento 03.10.2016)

A norma estampada no art. 27,II, "h" da Resolução Normativa n.º 414, de 09.09.2010 da Aneel, extrapola a razoabilidade e proporcionalidade ao exigir a apresentação de documento de comprove a posse ou a propriedade do imóvel, pois tal exigência não tem ligação com o serviço prestado pela apelada.

Ora, a comprovação da posse ou propriedade do imóvel por parte do apelante poderia ser verificada *in loco* quando providenciado o serviço solicitado.

Ademais, deve-se destacar que, não se pode negar a prestação do serviço sob a suspeita de que a não comprovação quanto a posse ou propriedade geram a presunção de inadimplência do solicitante.

A concessionária dispõe de meios adequados para a realização da cobrança, inclusive sendo possível a interrupção do serviço ante o inadimplemento. Frise-se ainda, que a prestação do serviço não se vincula ao imóvel, mas sim a pessoa solicitante - como frisado no próprio voto do Relator e pelo STJ[5] - o que torna clara a prescindibilidade da comprovação da posse ou propriedade do imóvel.

Ainda, considerar que a exigência de comprovação da posse ou propriedade do bem pela apelada serve como meio de inibir a ocupação ilegal de imóveis, trata-se de responsabilidade que não lhe compete.

Ora, no caso em tela trata-se de imóvel de propriedade particular, sendo certo que o proprietário poderá utilizar-se dos meios disponíveis para a desocupação do bem, não sendo matéria de competência da concessionária de serviço público fiscalizar a regularidade da ocupação dos imóveis.

Deve-se considerar que a CRFB/88 garante aos cidadãos o direito à moradia (art. 6º), que em complemento à dignidade da pessoa humana implica o dever do Poder Público de assegurar ao administrado o patamar mínimo de subsistência que lhe permita o exercício dos direitos e garantias constitucionais.

Desta forma, prevalece, neste caso, a garantia primordial do usuário concernente à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CRFB) e à preservação legal do direito ao acesso ao serviço público considerado essencial sobre os entraves alegados pela concessionária para que seja viabilizado o fornecimento de energia elétrica.

Assim, divergindo do eminente relator, conheço da apelação de Osmar João Ferreira, e lhe dou provimento para condenar a apelada a providenciar a ligação de energia elétrica no imóvel indicado pelo apelante

Arbitro honorários recursais em favor do apelante no patamar de 2% (dois por cento) sobre o valor atribuído à causa, na forma do artigo 895, §§ 1º e 11, tenha ou não existido contrarrazões do apelado.

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

Acompanho o voto do 1º vogal.

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

VOTO (EM 14/12/2016)

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

No presente recurso, a apelante pleiteia a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido formulado na ação de obrigação de fazer ajuizada pelo apelante em face da Energisa Mato Grosso do Sul, alegando que ao contrário do que consta na sentença, há provas no sentido de que ele tem a posse do imóvel onde busca a instalação de rede de energia, e que é um direito essencial.

O relator, Des. Dorival Renato Pavan, nega provimento ao recurso, sob o fundamento de que o apelante não logrou provar qualquer ligação com o imóvel onde quer efetuar a ligação com a rede de energia elétrica.

Já o Des. Amaury da Silva Kuklinski, 1º Vogal, diverge e dá provimento ao recurso, julgando procedente o pedido.

5 RECURSO ESPECIAL nº 1589789 - MG

A questão a ser dirimida, sob a sistemática do art. 942, do CPC2015, é sobre a existência de fundamentos concretos para a procedência do pedido de obrigação de fazer, formulado pelo apelante Osmar João Ferreira.

De fato, devem ser levadas em consideração as normas infralegais expedidas pela Aneel, as quais servem, basicamente, para regulação e fiscalização dos serviços prestados pelas concessionárias de energia elétrica e especialmente a relação delas com os consumidores.

E, no caso concreto, faz-se referência à Resolução nº 414, de 09/09/2010, da Aneel, a qual exige a comprovação da posse ou propriedade do interessado, para a realização de ligação.

Entretanto, ao consultar o conteúdo da Resolução nº 414, de 09/09/2010, da Aneel, é possível verificar que nenhuma das leis mencionadas como fundamento de sua validade, a seguir expostas, menciona a exigência de comprovação de posse ou de propriedade, para fins de obtenção de uma ligação, qualquer que seja o tipo, senão veja-se:

> *(...) O Diretor-Geral da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, no uso de suas atribuições regimentais, de acordo com deliberação da Diretoria, tendo em vista o disposto nas Leis no 12.007, de 29 de julho de 2009, no 10.848, de 15 de março de 2004, no 10.604, de 17 de dezembro de 2002, no 10.438, de 26 de abril de 2002, no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, no 9.074, de 7 de julho de 1995, no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nos Decretos no 6.523, de 1o de agosto de 2008, no 6.219, de 4 de outubro de 2007, no 5.163, de 30 de julho de 2004, no 2.335, de 6 de outubro de 1997, no 62.724, de 17 de maio de 1968, no 41.019, de 26 de fevereiro de 1957, no 24.643, de 10 de julho de 1934, na Portaria no 45 do Ministério da Infra-Estrutura, de 20 de março de 1992, o que consta do Processo no 48500.002402/2007-19*

Examinei cada uma das legislações citadas, e não há referência aos requisitos mencionados em seu art. 27, II, "h".

Desse modo, ainda que pareça fazer sentido buscar a demonstração da referência do solicitante com o imóvel onde será realizada a ligação de energia, não há essa obrigatoriedade do ponto de vista legal, daí haver razão

Com isso, a documentação trazida pelo apelante, ainda que não seja completa no que diz respeito à posse ou propriedade, é o que ele tem, no momento, podendo, eventualmente, a Energisa obter maiores informações, ao invés de negar acesso ao serviço essencial.

Portanto, entendo que é caso de acompanhar o i. 1º Vogal, para dar provimento ao recurso.

Diante do exposto, em cumprimento ao disposto no art. 942, do CPC, acompanho o Des. Amaury da Silva Kuklinski, para o fim de dar provimento ao recurso, reformando a sentença, condenando a apelada a realizar a ligação de energia elétrica em favor do apelante, no imóvel referido nos autos.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (4º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencidos o relator e o 4º vogal que negavam provimento, julgamento de acordo com a técnica do artigo 942, do CPC.

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

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

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

Campo Grande, 14 de dezembro de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0807633-94.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Amaury da Silva Kuklinski

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES DESCONTADOS E TUTELA ANTECIPADA – PRESENTE O INTERESSE DE AGIR – ADESÃO OBRIGATÓRIA E CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA PARA CUSTEIO DE SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIA E DE LIVRE ASSOCIAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES DO STF E INCONSTITUCIONALIDADE JÁ DECLARADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL – INCONSTITUCIONALIDADE *INCIDENTER TANTUM* – EFEITOS *EX TUNC* – SENTENÇA MANTIDA – REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO DESPROVIDOS.

A lei municipal que organiza o Serviço de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Municipais de Campo Grande – SERVIMED impõe a obrigatoriedade de adesão de todos os servidores públicos, não havendo que se falar que o servidor teve a faculdade de se inscrever ou cadastrar em tal plano de saúde municipal, mantido pelo Fundo de Assistência à Saúde do Servidor Municipal – FUNSERV e administrado pelo Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande – IMPCG.

A Constituição da República garante o princípio da livre associação, de modo que a filiação à organização de assistência à saúde instituída pelo Município, é facultativa, na medida em que a saúde e a assistência social são integrantes da seguridade social que não exigem contraprestação, além de ser inconstitucional a instituição de contribuição social de competência exclusiva da União.

Outrossim, uma vez já reconhecida a inconstitucionalidade da obrigatoriedade em questão, em Incidente de Inconstitucionalidade pelo Órgão Especial deste Sodalício, desnecessário novo pronunciamento.

Os efeitos de tal declaração devem ser *ex tunc*, respeitado o limite de cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 14 de dezembro de 2016.

Des. Amaury da Silva Kuklinski – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Amaury da Silva Kuklinski.

O Juízo de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública e Registros Públicos, de ofício, submete a sentença de fls. 143/149 ao reexame necessário, em razão da procedência dos pedidos formulados na ação declaratória c/c cobrança com pedido de tutela antecipada, determinando que os requeridos se abstenham de efetuar o desconto da contribuição ao Serviço de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Municipais de Campo Grande (SERVIMED) na folha de pagamento da parte autora, e a restituírem os valores descontados, respeitado-se o prazo máximo de cinco anos anteriores à propositura da demanda, confirmando a liminar concedida às fls. 65/67.

E, o requerido Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande – IMPCG interpôs recurso de apelação às fls. 152/162.

A ação foi ajuizada por Mônica Abreu Gonzalez Marques em face do Município de Campo Grande/MS e Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande – IMPCG, e julgada procedente sob o entendimento de que os servidores públicos municipais não podem ser obrigados a contribuírem, também (já contribuem para a seguridade social), com o custeio de plano de saúde, com base de cálculo oriundo da mesma fonte (salário), além de violar o direito individual de livre associação. E ainda, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade dos descontos, a restituição é devida, independentemente da parte ter ou não usufruído dos serviços de saúde prestados pelo Município, pois essa circunstância não retira a natureza indevida da exação cobrada.

Em contestação, o Município de Campo Grande alegou falta de interesse de agir, porque não provada a coação do Município sobre a autora para aderir compulsoriamente, à sua revelia, ao serviço de saúde, tanto que nunca se insurgiu aos descontos, permanecendo com os serviços à sua disposição e sustentou a possibilidade de realização dos descontos dos valores a título de custeio do plano de saúde dos servidores públicos municipais, da forma como é feita, bem como a impossibilidade de restituição, por se tratar de serviço necessário à coletividade dos servidores.

O IMPCG, por sua vez, afirma não haver vedação para instituição de contribuição para custeio do serviço de assistência à saúde dos servidores públicos municipais, bem como que não existe caráter associativo, mas sim solidariedade entre os contribuintes, além de existir cadastro da autora.

E, nas suas razões de apelação, alega que a apelada/autora se inscreveu no rol de beneficiários do SERVIMED e que os serviços sempre estiveram à sua disposição, de modo que não há razão para se devolver as importâncias descontadas de sua remuneração, inclusive porque não comprovou não ter se beneficiado da utilização dos serviços.

E ainda, que mesmo diante do reconhecimento da inconstitucionalidade, tal efeito se opera *ex nunc*, não havendo que se falar em repetição do indébito. Ou, alternativamente, que a devolução seja estabelecida a partir do pedido de cancelamento e exclusão da autora, ou seja, 21/11/2014.

Requer o conhecimento e provimento do recurso de apelação para reformar parcialmente a sentença, na parte que determinou a restituição dos valores descontados, ou que a restituição se dê tão somente a partir da data supracitada.

VOTO

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

Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação interposto por um dos requeridos contra a sentença proferida nos autos da ação declaratória c/c restituição de valores descontados, cujos pedidos formulados pela autora foram julgados procedentes.

Na apelação, o Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande – IMPCG, requer o conhecimento e provimento do recurso de apelação para reformar parcialmente a sentença, na parte que determinou a restituição dos valores descontados, ou que a restituição se dê tão somente a partir da data supracitada.

A sentença declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade do art. 4º da Lei Municipal n. 4.430/06, no que se refere à obrigatoriedade da contribuição para o custeio da Servimed ou Funserv, e determinou que o demandado se abstenha de descontar na folha de pagamento da autora a referida contribuição, tornando definitiva a liminar anteriormente concedida, e a restituição dos valores até então descontados, observado o prazo de cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação:

> *Ante o exposto, julgam-se procedentes os pedidos contidos na presente demanda para condenar o Município de Campo Grande e o Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande IMPCG a: 1) absterem-se de efetuar o desconto de contribuição ao Serviço de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Municipais de Campo Grande (SERVIMED) na folha de pagamento da parte requerente; 2) restituirem os valores efetivamente descontados, respeitando-se o prazo máximo de (cinco) anos anteriores à propositura da demanda.*
>
> *A correção monetária ocorrerá a partir data de cada desconto indevido, com base no índice aplicado à caderneta de poupança (TR), até a data de 25/03/2015, após o que deverá ser aplicado o IPCA-E; enquanto os juros moratórios incidirão a contar a data da citação e também observarão os índices aplicados à caderneta de poupança, até a data de 25/03/2015, após o que deverão incidir na proporção de 6% (seis por cento) ao ano.*

Eis o teor do artigo 4º, da Lei Municipal n. 4.430/2006, que impõe a obrigatoriedade de todos os servidores municipais aderirem ao Serviço de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Municipais de Campo Grande – SERVIMED:

> *Art.4º - São segurados obrigatórios do SERVIMED:*
>
> *I - todos os servidores em exercício na Administração Pública Municipal Direta e Indireta e na Câmara Municipal, independente do regime jurídico a que estão sujeitos;*
>
> *II - os Titulares de Órgãos e Entidades da Administração Pública Municipal Direta e Indireta.*
>
> *Parágrafo único. O segurado obrigatório, em afastamento sem ônus para o Município, terá suspenso seu direito aos benefícios a partir da data do seu afastamento, observado o disposto no inciso I do art. 5º, desta Lei.*

A sentença deve ser confirmada.

Sobretudo porque razão alguma assiste aos requeridos ao querer fazer crer que a autora tinha a opção de se filiar ou não ao plano de saúde do Município, na medida em que tal imposição é dada por lei municipal, ora declarada inconstitucional, e portanto, a ficha cadastral de fl. 129, em nada altera os fatos, nem significa *"*concordância expressa*"*.

Quanto à utilização ou não do plano, a autora afirmou nunca haver utilizado, assim cabia aos requeridos provar que a autora fez uso dele. Todavia, não apresentaram nenhum histórico que demonstrasse isso. Pelo contrário, a ficha cadastral de fl. 129 demonstra que há apenas duas ocorrências: a ativação

dos descontos, em razão da posse da autora no cargo, no dia 28/07/2010 e uma renovação de cartão em 18/04/2015, coincidentemente acrescentada em data posterior à citação dos requeridos (fls. 92/93 – 25/03/15 e 102/103 – 19/03/15).

O Serviço de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Municipais de Campo Grande – SERVIMED é uma organização de assistência à saúde dos servidores públicos municipais, mantido pelo Fundo de Assistência à Saúde do Servidor Municipal – FUNSERV. Por sua vez, a administração da SERVIMED e a gestão do FUNSERV são de responsabilidade do próprio IMPCG – Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande (entidade autárquica vinculada à Secretaria Municipal de Administração), utilizando-se de sua estrutura organizacional. Portanto, se for considerada uma entidade, obviamente que é pública.

Com efeito, este Tribunal já sedimentou entendimento de que não é possível ao Município compelir os servidores a se associarem ao plano de saúde do Município, declarando a inconstitucionalidade do art. 4º da Lei Municipal n. 4.430/06 de Campo Grande, que trata da reorganização do serviço de assistência à saúde dos servidores públicos municipais de Campo Grande, devendo ser tal adesão facultativa e não obrigatória, conforme julgados:

> *REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA – ADESÃO OBRIGATÓRIA E CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA PARA FUNDO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE - SERVIMED - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES STF - INCONSTITUCIONALIDADE JÁ DECLARADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTE SODALÍCIO - DESNECESSÁRIO NOVO PRONUNCIAMENTO - SUSPENSÃO - REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E DESPROVIDA.*
>
> *Este Tribunal de Justiça, já sedimento entendimento no sentido de que não é possível ao Município compelir os servidores a se associarem a entidade de direito privado,declarando inconstitucional o artigo 4º da Lei Municipal n. 4.430/06 de Campo Grande, que trata de seguros privados de assistência à saúde, devendo ser tal adesão facultativa e não obrigatória.* (TJMS, Remessa Necessária nº 0040331-94.2012.8.12.0001, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Quinta Câmara Cível, Julgamento 09/08/2016)
>
> *REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – ASSOCIAÇÃO COMPULSÓRIA – SERVIDOR PÚBLICO – CONTRIBUIÇÃO AO SERVIMED – DESCONTOS EM REMUNERAÇÃO –ART. 4º DA LEI MUNICIPAL Nº 4.430/06 – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA – SENTENÇA RATIFICADA. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento de recurso sob o rito da repercussão geral (RE 573.540/MG), posicionou-se pela inconstitucionalidade da cobrança compulsória de plano de saúde de servidor público. 2. Órgão Especial deste Tribunal de Justiça declarou a inconstitucionalidade do art. 4º da Lei Municipal nº 4.430/06, que estabelece obrigatoriedade de adesão do servidor ao SERVIMED.* (TJMS, Remessa Necessária nº 0827128-27.2015.8.12.0001, Rel. Juiz (convocado) Jairo Roberto de Quadros, Segunda Câmara Cível, Julgamento 12/07/2016)

Registre-se que o Supremo Tribunal Federal já pacificou o mesmo entendimento, segundo o qual não há óbice constitucional ao oferecimento de serviços de saúde aos servidores, desde que a adesão e a contribuição não sejam obrigatórias, tendo em vista que os Municípios, a teor do artigo 149, § 1º, da Constituição Federal, só possuem competência para a instituição de contribuição voltada ao custeio do regime próprio de previdência de seus servidores, carecendo dessa competência para criação de contribuição ou qualquer outra espécie destinada ao custeio de saúde, tendo em caso análogo, considerado inconstitucional a contribuição compulsória de servidor público a plano de saúde:

> *CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DOS SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA, HOSPITALAR, ODONTOLÓGICA E FARMACEÚTICA. ART. 85 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 62/2002, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. NATUREZA TRIBUTÁRIA. COMPULSORIEDADE. DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS. ROL TAXATIVO. INCOMPETÊNCIA DO ESTADO-MEMBRO INCONSTITUCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. I -* ***É nítida a natureza tributária da contribuição*** *instituída pelo art. 85 da Lei Complementar nº 64/2002, do Estado de Minas Gerais,* ***haja vista a compulsoriedade de sua cobrança.*** *II - O art. 149, caput, da Constituição atribui à União a competência exclusiva para a instituição de contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais e econômicas. Essa regra contempla duas exceções, contidas no arts. 149, § 1º, e 149-A da Constituição. À exceção desses dois casos,* ***aos Estados-membros não foi atribuída competência para a instituição de contribuição, seja qual for a sua finalidade.*** *III - A competência, privativa ou concorrente, para legislar sobre determinada matéria não implica automaticamente a competência para a instituição de tributos. Os entes federativos somente podem instituir os impostos e as contribuições que lhes foram expressamente outorgados pela Constituição. IV -* ***Os Estados-membros podem instituir apenas contribuição que tenha por finalidade o custeio do regime de previdência de seus servidores.*** *A expressão 'regime previdenciário' não abrange a prestação de serviços médicos, hospitalares, odontológicos e farmacêuticos.* (RE 573540, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 14/04/2010) - destaquei

De fato, a finalidade da cobrança do tributo instituído pela Lei nº 4.430/06, é a geração de recursos para o custeio da assistência à saúde dos servidores públicos do Município de Campo Grande/MS, sendo cediço que a saúde e a assistência social são universais, não exigem a contraprestação (contribuições).

Tanto é, que os Municípios não podem legislar sobre seguridade social (competência privativa da União, art. 22 da CR/88), mas podem cuidar da saúde e assistência social (competência comum, art. 23 da CR/88), facultando aos seus servidores aderirem ao seu plano de saúde, por ventura existente. Por isso, o Município somente pode criar contribuições compulsórias para o custeio de sua previdência própria, com fundamento no art. 40 da CR/88:

> *Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência* ***de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas****, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.* – destaquei

De sorte que, ao Município só é permitido instituir contribuição social para fins de custeio de seu regime próprio de previdência, eventualmente instituído, na medida em que se não tem, seus servidores serão filiados obrigatórios do regime geral de previdência, sendo-lhe defeso instituir contribuição para custeio de sistema de saúde, conforme se extrai do art. 149, § 1°, da Constituição Federal, caracterizando bi-tributação, vedada pelo inciso I do art. 154, também da Carta Magna, haja vista o desconto simultâneo de contribuição para a previdência e para a saúde, com base na mesma fonte, qual seja, a remuneração do servidor público:

> *Art. 149, § 1º. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.*
>
> *Art. 154. A União poderá instituir:*
>
> *I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;*

Ademais, a instituição dessa contribuição para custeio da saúde fere o preceito constitucional acerca da liberdade de associação, prevista na Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XX, segundo o qual *"ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado"*.

Daí o motivo para a declaração de sua inconstitucionalidade, haja vista que nada impede que o Município mantenha e ofereça uma organização voltada a prestação dos serviços de saúde, mas sua adesão há de ser facultativa e não imposta, como já dito linhas atrás.

Nesse sentido é a posição sedimentada pelo Supremo Tribunal Federal:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO CUSTEIO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE PRESTADOS PELO ESTADO AOS SEUS SERVIDORES. SERVIDOR OCUPANTE DE DOIS CARGOS. INCIDÊNCIA SOBRE APENAS UM DOS VENCIMENTOS. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. 1. A orientação da Corte, ao apreciar o RE nº 573.540/MG-RG, é no sentido de que não há inconstitucionalidade no oferecimento de serviços de saúde pelo Estado aos seus servidores,* ***desde que a adesão ao "plano" e a respectiva "contribuição" sejam de caráter facultativo****. 2. A discussão sobre a extensão do desconto da contribuição destinada à saúde e se essa pode ou não recair apenas sobre os vencimentos de um dos cargos ocupados pelo servidor estadual, conforme seja sua opção, está restrita ao âmbito infraconstitucional. Afronta ao texto constitucional que, se ocorresse, seria reflexa ou indireta. 3. Agravo regimental não provido.* (STF, AgR no ARE 733543, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, Julgado em 18/02/2014, DJe 18/03/2014) - destaquei

> *AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. DESCONTO COMPULSÓRIO PARA CUSTEIO DE SERVIÇOS DE SAÚDE AOS SERVIDORES ATIVOS E INATIVOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. INCOMPETÊNCIA DOS ESTADOS-MEMBROS PARA INSTITUIR TAL CONTRIBUIÇÃO, QUE DEVE SER FACULTADA AOS QUE A ELA QUISEREM ADERIR. 1.* ***As contribuições previdenciárias para custeio de serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica, social e farmacêutica não podem ser instituídos de forma compulsória pelo Estado-Membro por lhe faltar competência constitucional para tanto.*** *(Precedente: RE 573.540, Dje de 11/06/10, Relator Ministro Gilmar Mendes, cuja repercussão geral foi reconhecida, e da ADI 3.106, da relatoria do Ministro Eros Grau.) 2 . In casu, correta a decisão proferida pelo TJ/MG que está em consonância com a matriz jurisprudencial firmada por esta Suprema Corte, devendo, portanto, ser mantida em sua integralidade. 3 . Agravo regimental desprovido.* (STF, AgR no AI 720474, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Julgado em 13/04/2011, DJe 11/05/2011) - destaquei

Diante disso, não vislumbro a possibilidade do Município de Campo Grande compelir os servidores a se associarem à sua entidade de prestação de serviços de saúde.

Observo ainda que, nos termos da disposição contida no parágrafo único do art. 949 NCPC, deixo de suscitar o incidente de arguição de inconstitucionalidade relativo ao artigo 4º da Lei nº 4.430/06 do Município de Campo Grande, visto que tal questão já foi submetida e apreciada pelo Órgão Especial deste Sodalício:

> *ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM APELAÇÃO CÍVEL. ART. 4º DA LEI N. 4.430/06 DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE. COMPULSORIEDADE DA ASSOCIAÇÃO E CONTRIBUIÇÃO DE SERVIDOR MUNICIPAL AO SERVIMED (IMPCG). INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA.* ***O art. 4º da Lei n. 4.430/2006, do Município de Campo Grande, que torna a associação e contribuição ao SERVIMED - FUNSERV compulsória é inconstitucional****, pois o mesmo ofende, de uma só vez, (i) a garantia constitucional de liberdade de associação (CF. Art. 5º, XII), ao compelir o servidor*

> *a se associar a uma entidade de direito privado; (ii) a regra de competência que veda a instituição por município de contribuição ou tributos não previstos na Constituição Federal, porque os municípios somente podem instituir contribuição que tenha como finalidade o custeio do regime de previdência de seus servidores, o que não abrange a prestação de serviços médicos, hospitalares, odontológicos e farmacêuticos; e (iii) o princípio da livre concorrência (CF. Art. 170, IV), 'na medida em que (a criação de plano de saúde de adesão e contribuição compulsória) atribui à autarquia previdenciária vantagem concorrencial indevida, em setor econômico aberto ao jogo do livre mercado'* (STF, RE 573540, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 14.4.2010). (TJMS, Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade/Controle de Constitucionalidade nº 0809748-59.2013.8.12.0001, Rel. Des. Sérgio Fernandes Martins, Órgão Especial, Data de julgamento 27/01/2016) - destaquei

Infelizmente, na oportunidade, não se estabeleceram os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, se *ex tunc* ou *ex nunc*, de modo que passo a apreciar as razões de apelação do requerido Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande – IMPCG, o qual requer que a restituição se dê *ex nunc* à decisão combatida, ou a partir do pedido de exclusão do plano, ou seja, 21/11/2014.

Ocorre que a autora nunca utilizou o plano (embora isto seja irrelevante, segundo precedentes do STJ), e a regra aplicável ao caso (declaração de inconstitucionalidade no controle difuso), é a de que os efeitos são *inter partes* e *ex tunc*, na medida em que a declaração terá eficácia somente entre as partes do processo e a decisão desfaz a lei ou o ato declarado inconstitucional, desde sua origem, com todas as consequências deles derivadas, uma vez que são considerados nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando, inclusive, os atos pretéritos com base neles praticados.

A matéria já foi apreciada diversas vezes por este e. Tribunal de Justiça, senão vejamos:

> *APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – ADESÃO OBRIGATÓRIA E CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA PARA FUNDO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE – SERVIMED – INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL DE NORMA MUNICIPAL – VIOLAÇÃO AO ART. 5º, INCISO XX, E ART. 149, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – EFEITO TEMPORAL DA DECISÃO – EX TUNC – RETROATIVOS À VIGÊNCIA DA LEI – CONDENAÇÃO À RESTITUIÇÃO DOS VALORES DESCONTADOS INDEVIDAMENTE DO SALÁRIO DO SERVIDOR COM EXCEÇÃO DAQUELES JÁ ATINGIDOS PELA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL – RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Lei Municipal que institui contribuição compulsória, descontada pelo Município diretamente da folha de pagamento do servidor público municipal para custeio do plano de saúde SERVIMED. 2. Os entes federativos somente podem instituir os impostos e as contribuições que lhes foram expressamente outorgados pela Constituição. O art. 149, § 1º, da Constituição Federal permite aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a criação de contribuição para o custeio do regime previdenciário. 3. A criação de contribuição compulsória para custeio de plano de saúde do servidor público municipal constitui criação de tributo não autorizada pela Constituição Federal. Precedente do STF. 4. Inconstitucionalidade dos artigos 4º e 21, inc. I, da Lei Municipal nº 4.430, de 22.12.2006, que criaram contribuição compulsória para custeio de plano de saúde do servidor público municipal. 5. A obrigatoriedade de filiação do servidor público municipal ao plano de saúde SERVIMED viola o direito fundamental à livre associação, previsto no inc. XX, do art. 5º, da Constituição Federal. 6. Efeito retroativo da decisão que declara a inconstitucionalidade incidental da norma municipal. Efeitos ex tunc. Obrigação do Município em restituir os valores descontados de forma indevida do servidor público municipal, com exceção dos valores atingidos pela prescrição quinquenal. (...).* (Apelação/Reexame Necessário n. 0821578-51.2015.8.12.0001, Rel. Des. Paulo Alberto de Oliveira, 2ª Câmara Cível, Data de julgamento: 05/04/2016)

APELAÇÃO CÍVEL – DECLARATÓRIA C/C RESTITUIÇÃO – SERVIDOR MUNICIPAL – DESCONTO OBRIGATÓRIO EM FOLHA – SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE (SERVIMED) – LEI N.º 4.430/06 DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE – ILEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO AFASTADA – INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA – CONTROLE DIFUSO – EFEITOS EX TUNC – RESTITUIÇÃO DEVIDA – RECURSO E REMESSA NECESSÁRIA NÃO PROVIDOS 1. Considerando que a determinação de desconto obrigatório foi realizada pela Lei Municipal n. 4.430/06 e não por ato da autarquia que administra o SERVIMED – que está jungida à referida legislação –, não há que se falar em ilegitimidade do Município para responder a presente demanda. 2. A obrigatoriedade de contribuição imposta pela Lei n.º 4.430/06 do Município de Campo Grande é inconstitucional, por afrontar a garantia constitucional de liberdade de associação, transbordar da competência tributária do Município e ir de encontro ao princípio da livre concorrência, conforme já pronunciou o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade n.º 0809748-59.2013.8.12.0001. 3. Não há qualquer razão para os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em questão serem ex nunc, pois '...no passo da doutrina tradicional, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato positivo do poder público no caso concreto tem efeito declaratório, retroagindo à origem mesma do ato impugnado para pronunciar sua nulidade[1] *5. Recurso e remessa necessária não providos'.* (Apelação/Remessa Necessária nº 0837161-13.2014.8.12.0001 Rel. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, 1ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 25/10/2016)

Ante o exposto, conheço do reexame necessário e da apelação do Instituto Municipal de Previdência de Campo Grande – IMPCG, mantendo a sentença de primeiro grau, e negando provimento ao Reexame necessário e à apelação do IMPCG, mantendo o reconhecimento da inconstitucionalidade *incidenter tantum*, que determinou que os requeridos se abstenham de efetuar o desconto da contribuição referente ao SERVIMED na folha de pagamento da autora, bem como a restituição dos valores pagos na forma estabelecida na sentença.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

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

Campo Grande, 14 de dezembro de 2016.

***

1 CUNHA, Dirley da, Jr. **Curso de Direito Consitucional**, 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 307.

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0010901-97.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – ACIDENTE DE VEÍCULO – CAMINHÃO DE TRANSPORTE DE CANA-DE-AÇÚCAR – INGRESSO EM RODOVIA – OBSTRUÇÃO DE PASSAGEM – LEGITIMIDADE PASSIVA DA USINA – CONTRATANTE DO SERVIÇO DE TRANSPORTE – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – VÍNCULO DE PREPOSIÇÃO – INVALIDEZ PERMANENTE – PENSÃO VITALÍCIA – DEDUÇÃO DE VALORES PAGOS PELO INSS – IMPOSSIBILIDADE – NATUREZA DISTINTAS – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – VALOR ARBITRADO – INEXISTÊNCIA DE EXORBITÂNCIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.

Na hipótese, restou evidenciada a culpa preponderante do motorista do caminhão de transporte de cana-de-açúcar que adentrou à rodovia, durante período noturno, sem se acautelar completamente da segurança da manobra, nos termos do art. 34, do Código de Trânsito Brasileiro, interceptando a trajetória do motorista que vinha em regular mão de direção, sendo que, qualquer pessoa média, naquelas condições, sofreria colisão.

A jurisprudência do c. STJ é pacífica quanto à impossibilidade de abatimento ou compensação da indenização por dano material (pensão mensal), decorrente de ato ilícito, com os valores pagos pelo INSS (indenização acidentária), por terem origem e natureza distintas, sob pena de se eximir o causador do dano do dever de indenizar, em decorrência de contribuições previdenciárias realizadas pela vítima, em contrassenso, condenando-a a arcar com a própria indenização. (STJ. Ag. em Rec. Esp. n.º 654.603/ SP).

A pensão por incapacidade permanente é vitalícia, pois a invalidez parcial para atividade laborativa acompanhará a vítima ao longo de toda a sua vida. (STJ. AgRg no REsp n. 1.295.001/SC).

O valor arbitrado pela instância de origem (R$ 30.000,00), a título de indenização por dano moral, decorrente de acidente de trânsito do qual resultou lesão permanente e incapacitante para a vítima, não se revela abusivo.

A responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, por acidente de veículo causado por motorista de empresa contratada para o transporte de seu subproduto, é solidária, tanto nos termos do art.186, do CC/02, a título de culpa aquiliana (*in elegendo ou in vigilando*), quanto no Código de Defesa do Consumidor, (arts. 6º, inciso VI, e 12), responsabilidade objetiva pelo fato do serviço, não havendo como a usina de cana-de-açúcar aduzir benefício de ordem, ao pretender que seja reconhecida sua responsabilidade subsidiária, excutindo-se, primeiramente, os bens do causador do dano.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 8 de março de 2017.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Mauro Cerilo, Ramon Oldecarlos Fernandes Pereira, Cerilo Transportes e Serviços Ltda. e Biosev S/A interpõem recurso de apelação, inconformado com a sentença (fls. 636-49v.) proferida pelo juízo da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação indenizatória por danos materiais e morais decorrentes de acidente de veículo, movida pelo apelado Arlito Ribeiro de Souza, que deferiu parcialmente os pedidos e condenou os apelantes, solidariamente, a pagarem ao apelado as quantias de:

> *(....) 1) ao pagamento de indenização por danos materiais pelo prejuízo do veículo do autor, no valor de R$ 13.242,00 (treze mil reais e duzentos e quarenta e dois centavos), sobre o qual incidem correção monetária pelo IGP-M/FGV e juros de 1% ao mês, ambos contados da ocorrência do sinistro (28/10/2011); 2) ao pagamento de indenização por danos materiais decorrentes das despesas com o tratamento, no total de R$ 17.693,98 (dezessete mil seiscentos e noventa e três reais e noventa e oito centavos), sobre o qual incidem correção monetária pelo índice IGP-M/FGV e juros moratórios de 1% ao mês, ambos contados da data do desembolso, especificado nos recibos juntados aos autos (fls. 69-81); 3) ao pagamento de indenização título de lucros cessantes, no valor de 1 (um) salário-mínimo mensal vigente à época do débito, desde a data do sinistro até 14/08/2013, a ser pago em parcela única, sem incidência de 13º salário e abono de férias, cujas parcelas devidas deverão ser corrigidas monetariamente pelo índice IGP-M/FGV e acrescidas de juros de 1% ao mês, ambos contados do vencimento de cada prestação; 4) ao pagamento de pensão mensal, no valor equivalente a 32% (trinta e dois por cento) do salário-mínimo vigente à época do débito, no lapso entre 15/08/2013 até o falecimento do requerente, montante sobre o qual incidem correção monetária pelo índice IGP-M/FGV e juros de mora de 1% ao mês, ambos contados desde a data vencimento de cada prestação, sem a inclusão de 13º salário e abono de férias, devendo os débitos vencidos serem pagos em parcela única e os vincendos mensalmente. 5) ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), sobre os quais incidem correção monetária pelo índice IGP-M/FGV e juros de 1% ao mês, contados da publicação desta sentença; 6) determinar que os requeridos Mauro e Ramon constituam capital e a requerida LDC inclua o requerente em folha de pagamento, nos termos no art. 533, do Código de Processo Civil, a fim de resguardar o pagamento da pensão vitalícia.*

E, também, condenou os apelantes a suportarem o pagamento equivalente a 70% (setenta por cento) das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, observando-se o disposto no art. 85, § 9º, do CPC/15, no que se refere à pensão vitalícia, e, o apelado, ao pagamento do restante, 30% (trinta por cento), suspensa a exigibilidade, no entanto, nos termos do art. art. 98, § 3º, do CPC/15, por ser beneficiário da gratuidade legal e, por fim, julgou procedente a denunciação da lide ofertada por LDC Bioenergia S/A, atualmente, denominada Biosev S/A, condenando

a apelante Cerilo Transportes e Serviços Ltda., a ressarcir todos os valores que a denunciante Biosev for obrigada a desembolsar em razão da condenação na lide principal.

Os apelantes Mauro Cerilo, Ramon Oldecarlos Fernandes Pereira e Cerilo Transportes e Serviços Ltda., em razões de apelação e documentos (fls. 676-91), aduzem o equivoco da sentença, pois a culpa pelo acidente automobilístico e danos noticiados na petição inicial, decorreram de culpa exclusiva da vítima, ora apelado, que trafegava em rodovia com os faróis do veículo apagados, na ocasião do sinistro.

Noticiaram a má-apreciação das provas pelo juízo recorrido, pois a testemunha Mauro Mariano, funcionário da apelante Biosev, elaborou relatório escrito, com a assinatura de Uilson, passageiro que se encontrava no veículo no momento da colisão, e declarou que, embora estivesse dormindo na ocasião do acidente, instantes antes, o veículo teria apresentado problemas e pane elétrica.

Alegaram que, o próprio apelado, em seu depoimento em juízo, foi contraditório e confessou a culpa pelo sinistro, pois, primeiramente, informou que havia visto um veículo vindo em direção contrária e, por isso, baixou o seu farol, vindo a interceptar a carreta atravessada na pista e, logo depois, esclareceu que viu o caminhão quando estava muito próximo e, como tentativa de evitar o choque, tentou passar por trás da carreta, "acelerando" seu veículo.

Ilustraram que, se o apelado estivesse imprimindo velocidade adequada e com os faróis acesos, teria evitado a colisão, pois teria tempo suficiente de frear o carro, considerando, ademais, que a carreta já havia concluído quase a totalidade da manobra, traduzindo manifesta culpa exclusiva da vítima, pois, além desse fato, "acelerou" seu veículo, em manifesta imprudência e imperícia, provocando o acidente automobilístico.

Asseveraram que o valor arbitrado a título de danos morais, em R$ 30.000,00, está em desacordo com os parâmetros deste sodalício que, em casos semelhantes, arbitrou a quantia de R$ 20.000,00.

Finalizaram prequestionando a validade do julgamento frente às provas dos autos, indicando violação expressa a diversos dispositivos legais, pugnando pelo provimento do recurso para, reformando a sentença, indeferir os pedidos indenizatórios ou, alternativamente, reduzir o valor arbitrado a título de dano moral.

A apelante Biosev S/A, em razões recursais e documentos (fls. 696-731), sustenta, preliminarmente: 1. ilegitimidade de parte passiva, por não se tratar de hipótese de responsabilidade solidária, porquanto limitou-se a contratar os serviços de transporte de cana-de-açúcar da apelante Cerilo Transportes e Serviços Ltda, sem qualquer gerência ou responsabilidade pelos atos por ela praticados, destacando que *"(...) a Biosev somente seria solidária e objetivamente responsável pela reparação civil de eventuais ilícitos praticados por Ramon (motorista da carreta) se estabelecesse com ele uma relação de subordinação, na qual derivasse um vínculo de preposição, o que não se verifica no caso"*, e; 2. nulidade da sentença, por inverter o ônus da prova em seu desfavor, de maneira manifestamente equivocada, pois, segundo alega, o ônus de provar o ato ilícito e a culpa do motorista Ramon (preposto da apelante Cerilo Transportes), pelo acidente, cabe ao apelado, nos termos do art. 373, inciso I, do CPC/15, por se tratar de fato constitutivo de seu direito, não havendo como a sentença recorrida entender, portanto, que os apelantes não apresentaram provas das suas alegações e de que a assinatura lançada na declaração da testemunha Uilson era verdadeira, a despeito dele ter alegado a falsidade, cabendo ao apelado provar que referida assinatura era falsa.

No mérito, aduz a culpa exclusiva da vítima, pois, nos mesmos termos dos demais apelantes, o apelado que deu causa ao acidente automobilístico por trafegar com veículo com faróis apagados e, por imperícia e imprudência, deixou de evitar a colisão noticiada, impondo-se a improcedência dos pedidos ou, no mínimo, a concorrência de culpas, ante a manifesta conduta inadequada do apelado, inclusive, quanto aos danos morais, devendo-se reduzir, alternativamente, o seu valor.

Asseverou que a aposentadoria por invalidez concedida ao apelado é insubsistente na medida em que deveria, quando muito, ser concedido lucros cessantes, até a idade em que o apelado completaria 65 (sessenta e cinco) anos, que é a idade mínima para a concessão do benefício de aposentadoria, pelo INSS, não havendo como ser considerada, nos termos da sentença recorrida, uma data de termo final dos lucros cessantes e do termo inicial da pensão vitalícia, a qual, aliás teria ocorrido na data do sinistro, não havendo apreciação e julgamento claros nessa questão, pontuando, também, a fato de que a "pensão vitalícia" é indevida, de maneira que somente seria cabível até, no máximo, quando o apelante completasse 65 anos de idade, e não o seu falecimento, como fixado em sentença.

Sustentou, finalmente, equívoco da sentença em determinar a inclusão do apelado em folha de pagamento, pois, além de reconhecer a responsabilidade da Biosev S/A em pagar toda a condenação advinda à Cerilo Transportes, tratando-se de responsabilidade subsidiária, determinou à outra apelante - devedora principal, que constitua capital para garantir o pensionamento, em favor do apelado, traduzindo obscuridade e ofensa ao instituto da obrigação subsidiária, impondo-se a reforma da sentença, nessa questão.

O apelado apresentou contrarrazões e documentos (fs. 733-39), pelo desprovimento do recurso e manutenção integral da sentença.

VOTO

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

Mauro Cerilo, Ramon Oldecarlos Fernandes Pereira, Cerilo Transportes e Serviços Ltda. e Biosev S/A interpõem recursos de apelação, inconformados com a sentença (fls. 636-49v.) proferida pelo juízo da 16ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação indenizatória por danos materiais e morais decorrentes de acidente de veículo, movida pelo apelado Arlito Ribeiro de Souza, que deferiu parcialmente os pedidos e condenou os apelantes, solidariamente, a pagarem ao apelado as quantias de:

> *(....) 1) ao pagamento de indenização por danos materiais pelo prejuízo do veículo do autor, no valor de R$ 13.242,00 (treze mil reais e duzentos e quarenta e dois centavos), sobre o qual incidem correção monetária pelo IGP-M/FGV e juros de 1% ao mês, ambos contados da ocorrência do sinistro (28/10/2011); 2) ao pagamento de indenização por danos materiais decorrentes das despesas com o tratamento, no total de R$ 17.693,98 (dezessete mil seiscentos e noventa e três reais e noventa e oito centavos), sobre o qual incidem correção monetária pelo índice IGP-M/FGV e juros moratórios de 1% ao mês, ambos contados da data do desembolso, especificado nos recibos juntados aos autos (fls. 69-81); 3) ao pagamento de indenização título de lucros cessantes, no valor de 1 (um) salário-mínimo mensal vigente à época do débito, desde a data do sinistro até 14/08/2013, a ser pago em parcela única, sem incidência de 13º salário e abono de férias, cujas parcelas devidas deverão ser corrigidas monetariamente pelo índice IGP-M/FGV e acrescidas de juros de 1% ao mês, ambos contados do vencimento de cada prestação; 4) ao pagamento de pensão mensal, no valor equivalente a 32% (trinta e dois por cento) do salário-mínimo vigente à época do débito, no lapso entre 15/08/2013 até o falecimento do requerente, montante sobre o qual incidem correção monetária pelo índice IGP-M/FGV e juros de mora de 1% ao mês, ambos contados desde a data vencimento de cada prestação, sem a inclusão de 13º salário e abono de férias, devendo os débitos vencidos serem pagos em parcela única e os vincendos mensalmente. 5) ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), sobre os quais incidem correção monetária pelo índice IGP-M/FGV e juros de 1% ao mês, contados da publicação desta sentença; 6) determinar que os requeridos Mauro e Ramon constituam capital e a requerida LDC inclua o requerente em folha de pagamento, nos termos no art. 533, do Código de Processo Civil, a fim de resguardar o pagamento da pensão vitalícia*

E, também, condenou os apelantes a suportarem o pagamento equivalente a 70% (setenta por cento) das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, observando-se o disposto no art. 85, § 9º, do CPC/15, no que se refere à pensão vitalícia, e, o apelado, ao pagamento do restante, 30% (trinta por cento), suspensa a exigibilidade, no entanto, nos termos do art. art. 98, § 3º, do CPC/15, por ser beneficiário da gratuidade legal e, por fim, julgou procedente a denunciação da lide ofertada por LDC Bioenergia S/A, atualmente, denominada Biosev S/A, condenando a apelante Cerilo Transportes e Serviços Ltda., a ressarcir todos os valores que a denunciante Biosev for obrigada a desembolsar em razão da condenação na lide principal.

Os apelantes Mauro Cerilo, Ramon Oldecarlos Fernandes Pereira e Cerilo Transportes e Serviços Ltda., em razões de apelação e documentos (fls. 676-91), aduzem o equivoco da sentença, pois a culpa pelo acidente automobilístico e danos noticiados na petição inicial, decorreram de culpa exclusiva da vítima, ora apelado, que trafegava em rodovia com os faróis do veículo apagados, na ocasião do sinistro.

Noticiaram a má-apreciação das provas pelo juízo recorrido, pois a testemunha Mauro Mariano, funcionário da apelante Biosev, elaborou relatório escrito, com a assinatura de Uilson, passageiro que se encontrava no veículo no momento da colisão, e declarou que, embora estivesse dormindo na ocasião do acidente, instantes antes, o veículo teria apresentado problemas e pane elétrica.

Alegaram que, o próprio apelado, em seu depoimento em juízo, foi contraditório e confessou a culpa pelo sinistro, pois, primeiramente, informou que havia visto um veículo vindo em direção contrária e, por isso, baixou o seu farol, vindo a interceptar a carreta atravessada na pista e, logo depois, esclareceu que viu o caminhão quando estava muito próximo e, como tentativa de evitar o choque, tentou passar por trás da carreta, "acelerando" seu veículo.

Ilustraram que, se o apelado estivesse imprimindo velocidade adequada e com os faróis acesos, teria evitado a colisão, pois teria tempo suficiente de frear o carro, considerando, ademais, que a carreta já havia concluído quase a totalidade da manobra, traduzindo manifesta culpa exclusiva da vítima, pois, além desse fato, "acelerou" seu veículo, em manifesta imprudência e imperícia, provocando o acidente automobilístico.

Asseveraram que o valor arbitrado a título de danos morais, em R$ 30.000,00, está em desacordo com os parâmetros deste sodalício que, em casos semelhantes, arbitrou a quantia de R$ 20.000,00.

Finalizaram prequestionando a validade do julgamento frente às provas dos autos, indicando violação expressa a diversos dispositivos legais, pugnando pelo provimento do recurso para, reformando a sentença, indeferir os pedidos indenizatórios ou, alternativamente, reduzir o valor arbitrado a título de dano moral.

A apelante Biosev S/A, em razões recursais e documentos (fls. 696-731), sustenta, preliminarmente: 1. ilegitimidade de parte passiva, por não se tratar de hipótese de responsabilidade solidária, porquanto limitou-se a contratar os serviços de transporte de cana-de-açúcar da apelante Cerilo Transportes e Serviços Ltda, sem qualquer gerência ou responsabilidade pelos atos por ela praticados, destacando que *"(...) a Biosev somente seria solidária e objetivamente responsável pela reparação civil de eventuais ilícitos praticados por Ramon (motorista da carreta) se estabelecesse com ele uma relação de subordinação, na qual derivasse um vínculo de preposição, o que não se verifica no caso"*, e; 2. nulidade da sentença, por inverter o ônus da prova em seu desfavor, de maneira manifestamente equivocada, pois, segundo alega, o ônus de provar o ato ilícito e a culpa do motorista Ramon (preposto da apelante Cerilo Transportes), pelo acidente, cabe ao apelado, nos termos do art. 373, inciso I, do CPC/15, por se tratar de fato constitutivo de seu direito, não havendo como a sentença recorrida entender, portanto, que os apelantes não apresentaram provas das suas alegações e de que a assinatura lançada na declaração da testemunha Uilson era verdadeira, a despeito dele ter alegado a falsidade, cabendo ao apelado provar que referida assinatura era falsa.

No mérito, aduz a culpa exclusiva da vítima, pois, nos mesmos termos dos demais apelantes, o apelado que deu causa ao acidente automobilístico por trafegar com veículo com faróis apagados e, por imperícia e imprudência, deixou de evitar a colisão noticiada, impondo-se a improcedência dos pedidos ou, no mínimo, a concorrência de culpas, ante a manifesta conduta inadequada do apelado, inclusive, quanto aos danos morais, devendo-se reduzir, alternativamente, o seu valor.

Asseverou que a aposentadoria por invalidez concedida ao apelado é insubsistente na medida em que deveria, quando muito, ser concedido lucros cessantes, até a idade em que o apelado completaria 65 (sessenta e cinco) anos, que é a idade mínima para a concessão do benefício de aposentadoria, pelo INSS, não havendo como ser considerada, nos termos da sentença recorrida, uma data de termo final dos lucros cessantes e do termo inicial da pensão vitalícia, a qual, aliás teria ocorrido na data do sinistro, não havendo apreciação e julgamento claros nessa questão, pontuando, também, a fato de que a "pensão vitalícia" é indevida, de maneira que somente seria cabível até, no máximo, quando o apelante completasse 65 anos de idade, e não o seu falecimento, como fixado em sentença.

Sustentou, finalmente, equívoco da sentença em determinar a inclusão do apelado em folha de pagamento, pois, além de reconhecer a responsabilidade da Biosev S/A em pagar toda a condenação advinda à Cerilo Transportes, tratando-se de responsabilidade subsidiária, determinou à outra apelante - devedora principal, que constitua capital para garantir o pensionamento, em favor do apelado, traduzindo obscuridade e ofensa ao instituto da obrigação subsidiária, impondo-se a reforma da sentença, nessa questão.

Preliminarmente, a alegada ilegitimidade de parte passiva, aventada pela Biosev S/A, é insubsistente na medida em que não há meios de se aceitar a tese de irresponsabilidade pelos fatos por ter, simplesmente, "terceirizado" o transporte de seu subproduto, cana-de-açúcar, devendo, responder, quer seja nos termos da Lei Civil (art. 186, CC/02[1]), a título de culpa *in elegendo* ou *in vigilando,* ou nos termos do Código de Defesa do Consumidor, (art. 6º, inciso VI, c/c art. 12[2]), objetivamente, pelos riscos inerentes à atividade que explora, pelo fato do serviço, decorrendo à manifesta improcedência de suas alegações, seguindo-se, portanto, rejeitada referida prefacial.

Igualmente, é insubsistente a alegada nulidade de julgamento por incorreta distribuição do ônus da prova, em desfavor dos apelantes, pois, segundo alegam, a responsabilidade de se provar o fato constitutivo do direito do autor, seria do apelado, cabendo, a ele, portanto, apresentar provas da falsidade documental ou ideológica, o que não restou evidenciado nos autos, importando reconhecer, portanto, a validade das suas declarações prestadas no relatório elaborado logo depois do acidente.

Ao contrário do alegado pelos apelantes, o ônus da prova, a partir do momento em que o declarante e testemunha Uilson (f. 453) alegou a falsidade documental e ideológica, caberia à própria apelante Biosev S/A refutar essas alegações e comprovar a veracidade do documento, pois, primeiro, foi ela quem confeccionou referido documento, por intermédio de seus prepostos, "colhendo" a assinatura dos envolvidos no acidente automobilístico logo após a colisão, cabendo a ela, portanto, apresentar provas da veracidade documental e ideológica e, segundo, porque o declarante, em juízo (fls. 453), asseverou que não preencheu a declaração de f. 174 e, inclusive, formalizou Boletim de Ocorrência Policial, para apurar a autoria da falsidade ideológica, como se pode ver à f. 473, cujo B.O. apenas foi arquivado por questões procedimentais, e; terceiro, os apelantes prescindiram da faculdade de produzir prova pericial, em juízo, quando intimadas a fazê-lo.

1 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.

2 art. 6º (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Finalmente, importa considerar que o depoimento prestado em juízo, em que a testemunha foi compromissada e advertida, na forma da Lei (f. 453), possui força e presunção de autenticidade muito maior que aquele produzido pela própria apelante, e no clamor dos fatos, logo após o acidente automobilístico, de se notar que,o juiz, ao formar seu convencimento, não fica adstrito a esta ou aquela prova, isoladamente, devendo embasar o seu entendimento com base no conjunto probatório, como um todo, e circunstâncias do caso concreto, como ocorreu na presente hipótese, nos termos do art. 371, do CPC/15, que relata: *"(...) o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento"*.

Superadas as questões prefaciais, no mérito, a controvérsia resume-se, nos termos das razões e devolução recursal: 1, à culpa exclusiva, ou concorrente, da vítima; 2, aos lucros cessantes, arbitrados em 1 (um) salário mínimo mensal, até 14/08/2013, e a partir desta data; 3, ao pensionamento vitalício, em razão da invalidez permanente e parcial do apelado, fixado no equivalente a 32% (trinta e dois por cento) do salário mínimo, devendo ser abatido, em qualquer hipótese, caso o apelado perceba referida verba junto ao INSS; 4. ao valor arbitrado a título de indenização por dano moral, estipulado em R$ 30.000,00 e; 5, à inclusão do apelado em folha de pagamento da Biosev S/A, pois, segundo alega esta apelante, sua responsabilidade é subsidiária e, assim, deve-se, primeiramente, exaurir a busca e constrição de bens da outra apelante, Cerilo Transporte Ltda.

A sentença foi proferida, na parte que interessa, nos seguintes termos, cujo teor, passo a transcrever como forma, também, de melhor compreensão dos fatos (fls. 639-49):

> *(...) verifica-se, das narrativas da inicial e das defesas, que o caminhão Iveco saiu da estrada vicinal de lavoura de cana-de-açúcar e adentrou à rodovia, fazendo conversão à esquerda, a fim de continuar sua jornada pela pista oposta, quando o requerente, que vinha em sentido contrário, pelo lado da pista acostada à estrada vicinal, colidiu seu veículo contra o penúltimo eixo do caminhão.*
>
> *No caso, a parte autora aponta a culpa do condutor do caminhão, eis que não teria aguardado o tráfego na pista ficar livre para a realização da manobra, interceptando abruptamente seu veículo.*
>
> *Já os requeridos apontam a culpa exclusiva do requerente, que conduziria seu veículo, à noite, com os faróis apagados, fato que teria impedido que o condutor do caminhão o visualizasse. (...)*
>
> *Assim, a fim de comprovar que o requerente condizia seu veículo com os faróis apagados, a requerida LDC apresentou a declaração de f. 174, na qual o passageiro do Fiat Strada, sr. Uilson Gomes de Farias, teria afirmado que o veículo havia apresentado pane elétrica nos faróis, há trezentos metros do ponto de impacto.*
>
> *Todavia, ao prestar depoimento, o passageiro Uilson (f. 453) afirmou que o veículo do requerente não apresentou nenhum problema antes do acidente, e que não escreveu a declaração apresentada pela defesa.*
>
> *Por sua vez, a testemunha Mauro Mariano de Oliveira informou que, na época, era funcionário da usina de cana-de-açúcar, exercendo a função de segurança patrimonial, e que o passageiro Uilson lhe declarou que o veículo em que viajava apresentou pane nos faróis (fls. 590-591).*
>
> *Acrescentou que sua função era tomar as declarações dos envolvidos no acidente, a fim de que a empresa pudesse investigar o ocorrido, razão pela qual escreveu de próprio punho as declarações prestadas pelo passageiro Uilson, que assinou o documento por concordar com o relatado.*

Quanto ao problema dos faróis, as testemunhas José Ramos Novais e José Arildo Cabral, funcionários da usina, relataram que não presenciaram o sinistro, mas ouviram comentários de que o acidente teria ocorrido em razão de pane elétrica do veículo do autor (fls. 572-572).

No que se refere a esse ponto controvertido e sobre a dinâmica do acidente, as demais testemunhas inquiridas nada souberam declarar.

Com efeito, tenho que não restou provada a tese de que o requerente condizia o veículo com os faróis apagados, eis que os relatos das testemunhas de defesa nesse sentido restaram rechaçados pelas declarações do passageiro Uilson.

Ressalte-se que, embora a testemunha Uilson tenha dito que não viu o sinistro porque cochilava, afirmou que o veículo não apresentou defeito anteriormente, negando, ainda, que tenha prestado as declarações contidas no documento de f. 174.

Como se vê, as testemunhas de defesa chegaram ao local após a ocorrência do acidente e não se sabe de quem ouviram os comentários acerca da pane elétrica, enquanto o passageiro Uilson, o único que esteve presente no momento dos fatos, não confirmou tal tese.

Assim, diante desses testemunhos contraditórios, era de extrema importância que os requeridos requeressem perícia grafotécnica no documento que o passageiro Uilson supostamente teria assinado.

Porém, permaneceram inertes diante desse fato novo, cuja prova poderia ter sido requerida no momento em que houve a negativa da autenticidade da assinatura por parte da testemunha.

Há que se destacar, também, que a testemunha Uilson, após seu depoimento, registrou boletim de ocorrência (f. 472), noticiando suposto delito de falsidade ideológica no documento apresentado pelos requeridos.

É evidente que a atitude da testemunha de registrar boletim de ocorrência influencia no peso de seu depoimento, diante da possibilidade de responder criminalmente por eventual instauração de procedimento criminal indevido. (...)

Desta forma, tenho que os requeridos não se desincumbiram de seu ônus probatório, eis que não demonstraram que os faróis do veículo conduzido pelo requerente encontravam-se pagados no momento do sinistro.

Além disso, não há nenhuma prova nos autos indicativa de que o requerente conduziria seu veículo em alta velocidade, nem que teve condições para desviar sua trajetória tranquilamente, fatos que, em tese, poderiam caracterizar a culpa concorrente.

Nesse viés, tudo aponta que o requerido Ramon, condutor do caminhão Iveco, realizou conversão à esquerda para adentrar à rodovia, sem certificar-se de que poderia executá-la seguramente, vindo a interceptar o caminho do requerente.

Neste passo, é evidente o descumprimento do estipulado no art. 34, do Código de Trânsito Brasileiro:

Art. 34. O condutor que queira executar uma manobra deverá certificar-se de que pode executá-la sem perigo para os demais usuários da via que o seguem, precedem ou vão cruzar com ele, considerando sua posição, sua direção e sua velocidade.

Logo, tenho que, presentes os elementos da responsabilidade civil aquiliana, a indenização referente aos danos suportados pela parte autora deverá ser paga pelos requeridos, eis que solidariamente responsáveis. (...)

B - Lucros Cessantes - Pensão

No que se refere à invalidez apontada, a perícia médica realizada nos autos (fls. 380-389), concluiu que as lesões decorrentes do acidente causaram ao requerente incapacidade parcial e permanente de seu membro inferior esquerdo. (...)

Em relação à graduação da incapacidade, apontou o perito que corresponde a 50%, se aplicada a tabela da anexa à Lei 11.945, ou de 32%, em caso de utilização da Tabela Baremo AACS de 2006.

Considerando que o perito ao se utilizar a Tabela Baremo especificou detalhadamente a incapacidade de cada seguimento do membro afetado pelas lesões, tenho que esta deve ser utilizada como parâmetro da graduação da invalidez do requerente.

Isso porque o perito não especificou quais foram os critérios utilizados para quantificar a invalidez em 50% do membro inferior direito, além da tabela anexa à Lei 11.945 ser utilizada para quantificar o valor da indenização devida pelo seguro obrigatório DPVAT, e não a graduação da invalidez em si.

Já na aplicação da Tabela Baremo, demonstrou o expert, separadamente, a graduação de invalidez da coxa esquerda, do joelho esquerdo e do bloqueio de flexão em 105º, encontrando-se o grau de incapacidade do membro lesado através do somatório.

Em destaque a conclusão do laudo (f. 385):

Em caso de utilização da Tabela Baremo AACS de 2006, teremos:

Coxa esquerda

Material de síntese do fêmur 10%

Joelho esquerdo

Material de síntese do joelho 5%

Bloqueio de flexão em 105º

Artrose pós-traumática de joelho 10%

Total 32% (trinta e dois por cento)

Além disso, em resposta ao quesito 19 formulado pela requerida LDC, o perito concluiu que a limitação física do requerente é de dor, instabilidade de marcha, limitação da flexão do joelho esquerdo e hipotrofia do quadríceps esquerdo, que o limita para longas caminhadas, subir e descer escadas e grande e médio esforço físico.

Disso, depreende-se que a limitação funcional sofrida não impede o exercício da profissão de mestre de obras, mas evidentemente a dificultará, exigindo esforços compensatórios e adaptativos pelo requerente. (...)

Com relação aos lucros cessantes, por consistirem em modalidade de danos materiais, a eles se impõem os requisitos de certeza e liquidez.

Assim, em casos regulares, para se medir a extensão da remuneração que o lesado deixou de auferir em função do ato ilícito, faz-se necessário demonstrar o exato importe que este deixou de ganhar, de forma a possibilitar a mensuração da indenização pleiteada.

No que se refere à profissão do requerente de mestre de obras, está comprovada pelo depoimento da testemunha Uilson Gomes de Farias, que declarou já ter trabalhado com ele em empreitas (f. 454).

Por outro lado, assiste razão aos requeridos quando alegam que não restou comprovada a renda recebida pelo requerente, visto que não apresentou nenhum documento nesse sentido.

Aponta a inicial que o requerente receberia mensalmente R$ 6.800,00, renda esta que o obrigaria a prestar Declaração Anual de Imposto de Renda, a qual não foi juntada aos autos, não comprovando o alegado.

Em que pese a declaração de Clóvis João Sabedotti Fornari, no sentido de que contratava o requerente por empreita, pelo valor de R$ 6.000,00 a R$ 8.000,00, tenho que seu testemunho não comprova a relação negocial existente entre as partes, exatamente pela ausência de contratos e recibos nesse sentido.

Ocorre que se tratam de valores expressivos, que dificilmente seriam pagos sem a assinatura de um contrato ou ao menos emissão de recibo, de modo que o testemunho de Clóvis é inconsistente e não prova o alegado pelo autor.

Por outro lado, há de se considerar que, de acordo com o Código Civil, todo prejuízo decorrente do ato ilícito há de ser indenizado, sendo que as peculiaridades da hipótese dos autos tornam devida a indenização por lucros cessantes.

Nesse viés, considerando que é certo que o requerente exercia atividade de autônomo remunerada, há que se atribuir como renda o mínimo legal que qualquer trabalhador brasileiro deve receber por seu trabalho.

Raciocínio contrário acabaria por determinar que o requerente arcasse com danos derivados de ato de outrem, do qual, frise-se, não teve participação alguma, a não ser como vítima.

Nesse passo, é devido mensalmente ao requerente o valor equivalente a um salário-mínimo, a título de lucros cessantes, verba que deve ser paga considerando-se o lapso compreendido entre o dia do evento danoso e o dia em que se caracterizou a sequela permanente - termo este que será melhor esclarecido posteriormente.

Ressalte-se que sobre tal valor incidem correção monetária e juros legais, ambos contados da data de cada prestação mensal, além dos reajustes anuais do salário-mínimo, e que a quantia devida deverá ser paga em parcela única, por ter caráter alimentar, e não inclui 13º salário e 1/3 de férias, por se tratar de atividade informal.

Em relação à pensão vitalícia, igual sorte merece o requerente, posto que resta comprovada a redução de sua capacidade laboral em decorrência do sinistro em análise.

Veja-se que o laudo pericial é claro ao afirmar que as lesões decorrentes do acidente são permanentes, limitando a capacidade funcional do membro inferior esquerdo na razão de 32%, que embora não impeça o requerente de exercer sua profissão habitual, a dificulta, exigindo esforços compensatórios e adaptativos.

Ressalte-se que o expert também atestou que as lesões em foco se originaram diretamente do acidente, não guardando relação alguma com qualquer possível concausa que lhe seja precedente.

Tendo-se em vista que o requerente exercia atividade informal de mestre de obras, que a perícia médica atestou a perda parcial de função vital (32%) e a dificuldade para o exercício da profissão, há de se concluir que ele está parcialmente inabilitado para retomar seus afazeres, o que certamente diminuirá sua renda.

A redução da capacidade laborativa enseja não só as limitações óbvias, mas também a impossibilidade se buscar melhores condições no mercado de trabalho, motivo pelo qual é certa a fixação de pensão mensal em favor do requerente, nos termos do artigo 950 do Código Civil.

Neste passo, observa-se que o valor da indenização a ser paga deve ser baseado no salário-mínimo vigente, devendo ser a pensão atualizada através das variações deste como, aliás, restou positivado pela Súmula 490 do Supremo Tribunal Federal:

A pensão correspondente a indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário-mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se-á às variações ulteriores.

Assim, tem-se que o valor de um salário-mínimo serve como base para definir o valor da pensão, eis que, como dito, é o menor valor que um trabalhador brasileiro pode receber.

Ademais disso, considera-se o percentual da perda da capacidade funcional para a fixação da pensão mensal, de forma que é fixada em 32% do salário-mínimo a ser pago mensalmente.

Neste sentido, observa-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACIDENTE DE TRABALHO. NEXO CAUSAL E CULPA COMPROVADOS. ILÍCITO ABSOLUTO. PERDA DA CAPACIDADE LABORATIVA ATESTADA POR PERÍCIA OFICIAL. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. ART. 1.539 DO CC/1916. NÃO CABIMENTO. SEQUELAS PERMANENTES. DEFINIÇÃO DE PENSIONAMENTO. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. SÚMULA 313/STJ. HONORÁRIOS. ART. 20, § 5º,DO CPC. CABIMENTO. 1. Comprovada a redução de capacidade laboral por perícia oficial, que concluiu pela impossibilidade de realização de trabalho que exigisse visão binocular, bem como diminuição em 30 % da capacidade visual, o que gera limitações para qualquer atividade. Revisão vedada a este Tribunal em sede de especial. Incidência da Súmula7/STJ. 2. A jurisprudência desta Casa é assente no sentido de que o desempenho do trabalho com maior sacrifício, em face de sequelas permanentes, há de ser compensado pelo pagamento de uma pensão indenizatória, tendo sido fixada, na espécie dos autos, pensão parcial de 30% (trinta por cento) do salário que então era pecebido. Nesse sentido: REsp 402833/SP, Rel. Ministro Aldir PassarinhoJunior, Quarta Turma, DJ 7/4/2003; REsp 536140/RS, Rel. Ministro Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 14/2/2006, DJ 17/4/2006; (...) (STJ, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 12/04/2011, T4 - Quarta Turma).

Saliente-se que a pensão acima fixada deve ser paga mensalmente, não em parcela única, posto que desta maneira se impede o enriquecimento sem causa do requerente, além de ser modo menos oneroso aos requeridos.

Além disso, esclarece-se que a utilização do critério expectativa de sobrevida somente deve se dar nas hipóteses de morte da vítima, situação em que o pagamento não é feito diretamente a ela, mas a seus herdeiros, ou quando a obrigação tiver de ser paga em uma única vez – situações que não ocorrem no caso concreto.

No caso dos autos, entende-se que a pensão é devida deste a consolidação da incapacidade até o falecimento do favorecido, razão pela qual também há que se acolher a pretensão do requerente, acerca do recebimento de pensão até que ocorra seu óbito.

Também há de se levar em conta que a verba em comento apresenta caráter alimentar, de modo que, para que se instale maior segurança quanto ao cumprimento da obrigação que ora se fixa aos requeridos, faz-se necessária a aplicação do artigo 533 do Código de Processo Civil.

Desse modo, devem os requeridos constituírem capital, cuja renda assegure o pagamento do valor mensal da pensão, que pode ser representado por imóveis, títulos da dívida pública ou aplicações financeiras em banco oficial, restando inalienável e impenhorável enquanto perdurar a obrigação, e inclusão em folha de pagamento, no caso de pessoa jurídica.

A fixação de constituição de capital ou caução fidejussória para garantia de pagamento de pensão independe da situação financeira dos requeridos, basta a procedência do pedido indenizatório, conforme já sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 313).

Por conseguinte, o requerente faz jus ao recebimento de 32% do salário-mínimo mensal, a título de pensão vitalícia, no lapso compreendido entre a concretização de sua invalidez permanente até seu óbito, sem a incidência do 13º salário e abono de férias.

Há que se salientar, ainda, que às prestações vencidas, incidem correção monetária pelo índice IGP-M/FGV, e juros de mora de 1% ao mês, contados do vencimento de cada prestação mensal. (...)

Tendo em vista que somente a partir da perícia judicial é que se concluiu que as lesões apresentadas são de caráter permanente fixo a data de 14 de agosto de 2013, data da assinatura do laudo (f.389), como ponto específico em que termina as verbas devidas como lucros cessantes e inicia-se o pensionamento mensal.

Apenas se salienta que as quantias referentes aos lucros cessantes e a parte da pensão que é anterior à publicação desta sentença, hão de ser pagas de uma única vez, acrescidas de correção monetária pelo índice IGP-M/FGV e de juros de mora de 1% ao mês, a partir do vencimento de cada uma das prestações mensais.

C – Dano Moral

No que tange aos danos morais, o pedido do requerente também merece acolhimento, uma vez que a conduta dos requeridos configura ato ilícito, conforme explanado, e se trata de hipótese em que a lesão é presumida, prescindindo de prova a seu respeito (in re ipsa).

Os boletins médicos juntados aos autos, as fotos acostadas e a perícia, demonstram que o requerente, em razão do acidente, teve de se submeter a cirurgias, permanecendo internado, e que posteriormente ainda restaram sequelas permanentes.

Disso, é suficiente para presumir todo o sofrimento suportado pelo ele, seja pela limitação de mobilidade que ainda perdura, ou pela evidente dor física decorrente dos ferimentos.

É importante ressaltar que as dúvidas trazidas pelo gravame, bem como o sofrimento determinado pelo tratamento a que o requerente está sendo submetido desde o sinistro, fogem ao âmbito do mero aborrecimento materializando os danos morais sustentados na inicial, faltando apenas a análise do quantum indenizatório a ser pago pelos requeridos.

Nesse passo, tem-se que há de ser levada em conta a situação econômica do requerente, mestre de obras, beneficiário de assistência judiciária gratuita, bem como o montante do prejuízo moral sofrido, ressaltando que ficou comprovada a existência de sequelas decorrentes do acidente.

Também se leva em consideração o fato de que a indenização não há de se tornar meio de enriquecimento por parte do requerente, eis que não se trata de loteria, mas sim de reparação por um dano sofrido.

Não olvidando este fator, acresce-se às considerações, entender que a indenização tem também caráter educativo e repressivo, eis que visa não somente ressarcir o dano, mas ainda evitar que os requeridos deem azo a novos fatos similares, sem implicar isto em dupla apenação pelo mesmo ato.

É este o ensinamento que se abstrai da doutrina:

Todavia, a compensação da vítima tem um sentido punitivo para o lesionador, que encara a pena pecuniária como uma diminuição do seu patrimônio material em decorrência de seu ato lesivo. Esse confronto de forças, de um lado a vítima que aplaca o seu sentimento de vingança pela compensação recebida e do outro o lesionador que punitivamente paga pelos seus atos inconseqüentes, é forma de o Estado agir para conseguir o equilíbrio de forças antagônicas. (Clayton Reis. Dano Moral. Forense, 1991, p. 82.) (...)

Nesse viés, há de se sopesar também a capacidade econômica dos requeridos, fator a ser correlacionado com o caráter repressivo anteriormente citado.

Levando-se em conta tais parâmetros, e que a indenização não há de ser pequena a ponto de menosprezar o dano sofrido nem grande a ponto de configurar enriquecimento ilícito, creio por justa a fixação da indenização em R$ 30.000,00 (trinta mil reais), a título de danos morais, valores sobre os quais incidem correção monetária pelo índice IGP-M/FGV e juros de mora de 1% ao mês contados da publicação desta sentença (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça), uma vez que já considerada, na fixação, a atualização do valor até esta data.

Em relação ao valor da indenização, aponta-se que a fixação do dano moral não pode ser utilizada como critério de sucumbência consoante o posicionamento solidificado do Superior Tribunal de Justiça. (...)

isto posto, e pelo mais que dos autos consta, hei por bem, com fundamento no art. 487,I, do Código de Processo Civil, julgar parcialmente procedentes os pedidos do requerente na lide primária, de modo a condenar os requeridos solidariamente: (...)

3) ao pagamento de indenização título de lucros cessantes, no valor de 1 (um) salário-mínimo mensal vigente à época do débito, desde a data do sinistro até 14/08/2013, a ser pago em parcela única, sem incidência de 13º salário e abono de férias, cujas parcelas devidas deverão ser corrigidas monetariamente pelo índice IGP-M/FGV e acrescidas de juros de 1% ao mês, ambos contados do vencimento de cada prestação;

4) ao pagamento de pensão mensal, no valor equivalente a 32% (trinta e dois por cento) do salário-mínimo vigente à época do débito, no lapso entre 15/08/2013 até o falecimento do requerente, montante sobre o qual incidem correção monetária pelo índice

IGP-M/FGV e juros de mora de 1% ao mês, ambos contados desde a data vencimento de cada prestação, sem a inclusão de 13º salário e abono de férias, devendo os débitos vencidos serem pagos em parcela única e os vincendos mensalmente.

5) ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), sobre os quais incidem correção monetária pelo índice IGP-M/FGV e juros de 1% ao mês, contados da publicação desta sentença;

6) determinar que os requeridos Mauro e Ramon constituam capital e a requerida LDC inclua o requerente em folha de pagamento, nos termos no art. 533, do Código de Processo Civil, a fim de resguardar o pagamento da pensão vitalícia.

Condeno os requeridos ao pagamento de 70% das custas processuais e despesas processuais, e ao pagamento de honorários ao patrono contrário, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado das condenações, observando-se o disposto no art. 85, § 9º, do CPC, no que se refere à pensão vitalícia.

Condeno o requerente ao pagamento de 30% restantes das custas e despesas processuais, bem assim ao pagamento de honorários advocatícios aos patronos dos demandados, fixados em 10% do valor atualizado da causa, descontados o montante da condenação em seu favor, cuja cobrança fica adstrita ao art. 98, § 3º, do CPC.

Outrossim, julgo procedente o pedido deduzido na lide secundária, de modo a condenar a denunciada Cerilo Transportes e Serviços Ltda a ressarcir todos os valores que a denunciante LDC Bioernergia for obrigada a desembolsar em razão da condenação na lide principal.

A dinâmica do acidente automobilístico, pesem os argumentos dos apelantes quanto à culpa exclusiva ou concorrente da vítima, traduz responsabilidade do motorista do caminhão Iveco, que adentrou à rodovia sem se acautelar eficazmente acerca da segurança da manobra, causando a colisão do veículo conduzido pelo apelado, na parte traseira do veículo, violando, assim, o teor do art. 34, do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), que relata:

Art. 34. O condutor que queira executar uma manobra deverá certificar-se de que pode executá-la sem perigo para os demais usuários da via que o seguem, precedem ou vão cruzar com ele, considerando sua posição, sua direção e sua velocidade.

O fato da manobra do caminhão ter sido completada quase na totalidade, ao contrário de servir de ponto favorável ao motorista da apelante Cerilo Transportes Ltda, na verdade, pende em seu desfavor, pois, por se tratar de veículo longo, em que, grande parte já se encontrava na pista de rolamento e apenas uma pequena porção, os eixos traseiros da última carreta, encontrarem-se ainda na contramão, esse cenário traduziu uma falsa informação ao veículo que vinha em sentido contrário, conduzido pelo apelado, de que não havia nenhum obstáculo à frente, causando a colisão no eixo traseiro, local de conhecida pouca visibilidade.

Assim, a culpa do motorista – por realizar manobra sem completa cautela (art. 34, CTB), foi preponderante para a ocorrência do sinistro, pois qualquer pessoa média, naquelas condições, teria sua trajetória interceptada pela traseira do caminhão, que ainda se encontrava na contramão de direção.

De se considerar que não houve qualquer prova nos autos quanto à conduta do apelado que, nos termos da alegação dos apelantes, encontrava-se com o veículo com os faróis apagados, no momento da colisão.

Essa tese defensiva, além de inexistir comprovação nos autos, é inconsistente, na medida em que, primeiramente, oriunda de declaração preenchida em formulário da apelante Biosev S/A, por ela mesmo

produzida, logo após a ocorrência do acidente, e que foi refutada integralmente pelo declarante Uilson, perante o juízo e compromissado e advertido, na forma da lei (f. 453), o qual, inclusive, formalizou boletim de ocorrência policial para apurar a autoria de crime de falsidade ideológica, não havendo meios, portanto, para se acatar a culpa exclusiva da vítima, considerando-se, enfim, difícil conceber que uma pessoa conseguiria trafegar com veículo de passeio, em rodovia de trânsito rápido, com os faróis apagados, a noite, o que afasta, pelos mesmos motivos, a culpa concorrente da vítima.

Quanto à indenização por lucros cessantes, estipulados entre a data dos fatos e a conclusão da perícia técnica, que se deu em 14/08/16 (f. 389), atestando a incapacidade parcial e permanente para o trabalho do apelado, tenho que a sentença, como demonstrado acima, andou bem nessa questão não havendo qualquer motivo para censura ou reprimenda, inclusive, quanto ao valor, que se deu em percentual mínimo – 1 (um) salário, ao mês, ante a inexistência de provas da renda do apelado, atendendo a sentença, tanto quanto possível, o comando normativo do art. 944, do CC/02, que orienta a medida da indenização pela "*extensão dos danos causados*".

Pela mesma razão, o pensionamento vitalício concedido ao apelado, a a partir da constatação da incapacidade parcial e permanente, advinda ao apelado em decorrência do acidente (14/08/16, fs. 380-89), no equivalente a 32% (trinta e dois por cento) de um salário mínimo mensal, mostra-se razoável e consonante com as provas constantes dos autos, inclusive com entendimentos semelhantes nos mais diversos Tribunais.

Não há, outrossim, qualquer razão normativa ou jurídica, na forma aventada pela apelante Biosev S/A, de se vincular referida verba indenizatória (pensão vitalícia), com as regras inerentes à aposentadoria por invalidez previstas no Regime Geral e Regulamentos do INSS, por se tratarem de fontes de custeio diversos, embora decorrentes do mesmo fato, mas sem qualquer vinculação entre um e outro.

A propósito:

> *A jurisprudência do STJ é pacífica quanto à impossibilidade de abatimento/ compensação da indenização por dano material (pensão mensal) – fixada no direito comum decorrente de ato ilícito –, com os valores pagos pelo INSS (indenização acidentária) – benefício previdenciário oriundo das contribuições do segurado –, por terem origem e natureza distintas.*
>
> *Ademais, seria um contrassenso o abatimento dos valores pagos pelo INSS, uma vez que permitiria ao causador do dano eximir-se do dever de indenizar em decorrência das contribuições previdenciárias feitas pela vítima, condenando-a a arcar com a própria indenização.* (STJ. Ag. Em Rec. Esp. n.º 654.603/ SP. Decisão monocrática. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. DJe. 02/03/15).

O mesmo entendimento aplica-se à validade jurídica da sentença recorrida estabelecer pensão vitalícia ao apelado, pois as lesões por ele sofridas o acompanharão pela vida toda, não havendo como se falar em limitação, até a data em que o apelado completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade, como pretende o apelante.

Colha-se, na oportunidade, o firme posicionamento do c. STJ, nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRABALHO. LESÃO POR ESFORÇO REPETITIVO. SENTENÇA ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA EC/45. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA O JULGAMENTO DA LIDE. DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS. CULPA E NEXO CAUSAL. SÚMULA 07/STJ. PENSÃO VITALÍCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO.*

> *4. A pensão por incapacidade permanente, cujo termo inicial é a data do evento danoso, é vitalícia, pois a invalidez total ou parcial para qualquer atividade laborativa acompanhará o lesado ao longo de toda a sua vida.*
>
> *5. A percepção de benefício previdenciário não exclui o pagamento de pensão mensal como ressarcimento por incapacidade decorrente de ato ilícito. Precedente.*
>
> *6. A rediscussão do valor fixado na condenação a título de verba honorária é vedada no âmbito do recurso especial, ressalvada a hipótese de valor excessivo ou irrisório, o que não é o caso dos autos.*
>
> *8. Agravo Regimental Desprovido.* (STJ. AgRg no REsp n. 1.295.001/SC. 3ª Turma. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. DJe. 02/03/2015).

Quanto à alegada exorbitância do valor arbitrado a título de indenização por dano moral, tem-se a insubsistência das alegações dos apelantes, pois, a quantia arbitrada em R$ 30.000,00, mostra-se razoável frente às lesões sofridas pelo apelado, destacando-se que o arestos delineados pelos apelantes, nos quais, arbitrou-se a quantia de R$ 20.000,00, além de não retratarem a similitude fática (gravidade das lesões e sequelas), demonstram, em última análise, uma coerência de valores, não havendo como falar em exorbitância o *quantum* arbitrado, consoante entendimento do c. Superior Tribunal de Justiça.

> *DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PASSAGEIRO DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INVALIDEZ PARCIAL E PERMANENTE. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.*
>
> *1.- O valor arbitrado pelas instâncias de origem (R$ 25.000,00) a título de indenização por danos morais decorrente de acidente de trânsito do qual resultou lesão permanente e incapacitante para a vítima não se revela abusivo.*
>
> *2.- Agravo Regimental desprovido.* (STJ. AgRg no REsp n. 1.422.083/MG, Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 11/2/2014, DJe 13/3/2014).

Finalmente, quanto a alegada responsabilidade subsidiária da apelante Biosev S/A, referida tese é manifestamente insubsistente, como demonstrado alhures, ao enfrentar a preliminar de ilegitimidade de parte passiva, pois sua responsabilidade pelos fatos noticiados é solidária e decorre tanto do Direito Civil (art.186, CC/02), a título de culpa aquiliana (*in elegendo* ou *in vigilando*), quanto do Código de Defesa do Consumidor, (art. 6º, inciso VI, c/c art. 12), objetiva e pelo fato do serviço, podendo o apelado buscar a satisfação de seu direito diretamente com relação a um(a), alguns(mas) e ou todos os apelantes, não havendo como se acatar a subsidiariedade ou "benefício de ordem", seguindo-se, portanto, indeferido o pedido de exclusão do nome do apelado de sua folha de pagamento.

Vislumbra-se, portanto, que a sentença analisou os fundamentos deduzidos pelos ora apelantes à luz do vigente ordenamento jurídico e, a meu ver, decidiu de forma escorreita e acertada fundamentação, não havendo motivos para censura ou reforma.

Por todo o exposto, nego provimento às apelações de Mauro Cerilo, Ramon Oldecarlos Fernandes Pereira, Cerilo Transportes e Serviços Ltda. e Biosev S/A.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/15, majoro os honorários advocatícios sucumbenciais, em favor do patrono do apelado, em 5% (cinco por cento), tornando-os, definitivos, em 15% sobre o valor da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

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, 08 de março de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0800017-79.2013.8.12.0020 - Rio Brilhante
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO – MULTA AMBIENTAL – MANTER CAMPO DE POUSO DE AERONAVES UTILIZADAS PARA APLICAÇÃO DE DEFENSIVOS E AGROTÓXICOS AGRÍCOLAS SEM PRÉVIA LICENÇA OU AUTORIZAÇÃO AMBIENTAL – IRREGULARIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO – NÃO OCORRÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO – AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO POR POLICIAL MILITAR AMBIENTAL E SEM ASSINATURA DE PERITOS – VALIDADE – CONSTATAÇÃO FORMAL E CONFISSÃO – APLICAÇÃO DA LEI ESTADUAL EM DETRIMENTO DA FEDERAL – ATENUANTES – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – CONVERSÃO DA MULTA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE RECUPERAÇÃO AMBIENTAL – NÃO CABÍVEL – MULTA APLICADA EM PATAMAR RAZOÁVEL – VERBA SUCUMBENCIAL ARBITRADA PARA CADA UM DOS PATRONOS DOS APELADOS – IMPOSSIBILIDADE – VERBA QUE DEVE SER RATEADA PROPORCIONALMENTE – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA – RECURSO PROVIDO NO PONTO.

O reconhecimento de nulidade de processo administrativo, por alegada irregularidade na intimação da decisão de primeira instância, pressupõe a comprovação de efetivo prejuízo à defesa, o que não ocorreu na espécie. (STJ. MS 13.646/DF).

O auto de infração lavrado por policial militar, agente do Estado com regular competência para tanto é perfeitamente válido, nos termos do art. 70, §1º, da Lei 9.605/1998, e mesmo sem assinatura de dois peritos ambientais ou de prova pericial, pois se trata de conduta formal e devidamente comprovada nos autos, inclusive, mediante confissão (STF. HC 108.463/MG).

Na hipótese, não há razão para diminuir o valor da sanção ou proceder à conversão da penalidade, em prestação de serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, nos termos do art. 72, § 4º, da Lei n. 9.605/98, pois, além de a apelante limitar-se a alegar que teria assinado Termo de Ajustamento de Conduta, junto ao MPE, e Projeto de Recuperação de Área Degradada - Prade, junto ao IMASUL, sem contudo, nada comprovar, deixou, também, de requerer e de apresentar o pré-projeto do desiderato, por ocasião de apresentação da defesa, nos termos do art. 142 e ss do Decreto 6.514/08, que estabelece: *"o autuado poderá requerer a conversão de multa de que trata esta Seção por ocasião da apresentação da defesa"*.

Ademais, a gravidade da conduta – manter campo de pouso de aeronaves para aplicação de defensivos e agrotóxicos agrícolas, sem prévia licença ou autorização ambiental, é incontestável e, por isso, deve ser repreendida nos rigores da lei, não havendo meios para entender pela insignificância, como pretende a apelante.

Considerando-se o poderio econômico da apelante, e o valor da multa prevista no art. 44, do Decreto Federal 3.179/99, que estabelece os patamares de R$ 500,00 (quinhentos reais) a R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), mostrou-se bastante razoável o arbitramento em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), bem aquém do máximo previsto na referida norma.

A complexidade da presente demanda não orienta o arbitramento da verba honorária em seu patamar máximo (20%), pois, de fato, não houve realização de audiência, produção de prova oral ou pericial, tratando-se de questão basicamente de direito, razão pela qual, a verba honorária deve ser reduzida para 15% (quinze por cento) do valor corrigido da causa, rateando-se, proporcionalmente, entre os patronos dos apelados, nos termos dos arts. 20, § 4º e 23, do CPC/73.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 14 de dezembro de 2016.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Companhia Colorado de Agronegócios S/A interpõe recurso de apelação inconformada com a sentença (ps. 387-99) proferida pelo juízo da Vara Cível da Comarca de Rio Brilhante, nos autos da ação anulatória – multa ambiental, movida em relação aos apelados Estado de Mato Grosso do Sul e Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - Imasul, que julgou improcedente o pedido de anulação da multa ambiental, no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por manter, a apelante, junto à Fazenda São Joaquim, sem autorização ou licença ambiental, próximo à área de preservação permanente, campo de pouso de aeronaves utilizadas para aplicação de defensivos e agrotóxicos agrícolas e condenou, também, a suportar o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), para cada um dos patronos dos apelados.

A apelante, em razões recursais (p. 406-38), aduz, preliminarmente, a nulidade da sentença, pois não recebeu a intimação da decisão de 1ª instância administrativa, no endereço expressamente fornecido, sendo enviada notificação por A.R para a Fazenda Hawana, zona rural, no município de Rio Brilhante, impedindo-a de apresentar recurso administrativo, acarretando, assim, nulidade do referido processo, razão pela qual, propugna pela anulação da sentença e da decisão administrativa que lhe impôs a multa ambiental, devendo, em consequência, ser devolvido o prazo para apresentação do recurso administrativo.

No mérito, aduz o equívoco da sentença, pois:

> *(...) há a imposição legal de que dois peritos oficiais, com habilitação técnica relacionada à espécie a ser examinada, portanto são dois peritos, com diploma superior e qualificação específica é que podem apreciar e apresentar parecer técnico competente. (...) Por conseguinte, reputa-se a autuação objurgada ilícita, pois foi realizada por agente tecnicamente incapaz e ilegalmente autorizado, impondo a pena de nulidade da conduta, pelo conflito com o texto do art. 37, incisos I e II, da CF, e, de forma reflexa, do princípio da estrita legalidade (art. 37, caput, CF). (...) Por outro lado, rechaça o Douto Juízo a aplicação da legislação estadual existente. Vejam, na autuação imposta foram aplicadas as penalidades descritas no Decreto Federal que dispõe sobre infrações administrativas. Todavia, existe legislação especifica em legislação Estadual, a qual a parte requer reforma da r. sentença para sua aplicação. (...) Em razão da aceitação*

dessas competências implícitas, os Estados membros são detentores de todos os meios necessários à consecução dos fins visados pelas regras de estrutura estabelecedoras do campo de sua atuação legislativa exclusiva. (...) No presente caso, existe a legislação estadual, que conforme vimos, tem competência comum e suplementar à legislação federal devendo-se, portanto, a legislação estadual ser aplicada ao presente caso (...) Assim no julgamento como há uma legislação estadual aplicável ao caso deve esta ser utilizada para a tipificação do autuado, como incurso nas penas do artigo 17 do referido Decreto Estadual. Requer, portanto, que se mantido o presente Auto de Infração que a penalidade imposta seja enquadrada na normativa estadual através do artigo 17 do Decreto 4.625/88, com a aplicação de pelo menos duas atenuantes cabíveis. Requereu ainda a Apelante a aplicação dos princípios da insignificância, razoabilidade e proporcionalidade para que possa haver a conversão da multa A autuação baseia-se na imputação dos os artigos 70 c/c 60 da Lei 9.605/98, artigo 2º, incisos II e VII c/c artigo 44 do Decreto 3.179/99, e Resolução Conjunta SEMA/IMAP 004/04 anexo item 5.5 e Resolução CONAMA 237/97. O art. 60 da Lei 9.605/98 diz respeito à imputação criminal onde não cabe a discussão na esfera administrativa, e o artigo 70 do mesmo diploma apenas descreve o que é infração administrativa. (...) A pista de pouso já está inutilizada há anos, ou seja, sem pouso ou decolagem no local, tendo inclusive a empresa já apresentado um Projeto de Recuperação de Área Degradada - PRADE junto ao IMASUL. Desta forma, sem considerar estes fatores, o órgão ambiental acabou por aplicar uma penalidade por demais severa e arbitrária. Verifica-se que a multa aplicada foi num valor muito além do mínimo. A valoração da multa aplicada encontra respaldo no artigo 44 acima transcrito, qual seja, o mínimo de R$ 500,00 (quinhentos reais), e foi aplicado um valor cem vezes o mínimo. Ora, o agente autuante deve levar em consideração algumas variantes antes de aplicar a multa, são elas, de acordo com o artigo 4º do referido Decreto Federal: Art. 4o A aplicação das sanções administrativas deverá observar os seguintes critérios: I - gravidade dos fatos, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente; II – antecedentes do infrator, quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; e III – situação econômica do infrator. Nenhuma das variantes foi considerada, não foi sequer averiguado se a empresa autuada era primária ou não. (...) Caso a sentença não seja reformada em todos os seus termos para declarar a nulidade da intimação ou do Auto de Infração em tela, e não invertidos os ônus sucumbenciais, requer sejam os honorários arbitrados reduzidos, pelas razões a seguir expostas: Em sentença, condenou o MM. Juiz a quo a Apelante a pagar honorários advocatícios que foram arbitrados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada um dos requeridos. (...) No presente processo foi arbitrado de honorários advocactícios o correspondente a 20% sobre o valor da causa (10% para cada parte), o valor máximo permitido em lei, o que não se justifica: não houve sequer produção de provas senão as documentais juntadas com a inicial, não houve deslocamento algum, a natureza da causa é própria e recorrente do órgão ambiental federal, não se caracterizando uma diferenciação que mereça valor arbitrado excessivo.

Por esses motivos, pugna pelo provimento do recurso para, preliminarmente, anular a sentença por ausência de notificação regular no processo administrativo ou, reformando-a, para anular a multa ambiental, por ausência de 2 (dois) peritos oficiais para a lavratura do auto de infração, ou, ainda, a redução do valor arbitrado, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, reduzindo-se, enfim, a verba honorária sucumbencial.

Os apelados, em contrarrazões (p. 453-58 e p. 460-70, respectivamente) pugnam pelo desprovimento do recurso.

VOTO

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

Companhia Colorado de Agronegócios S/A interpõe recurso de apelação inconformada com a sentença (ps. 387-99) proferida pelo juízo da Vara Cível da Comarca de Rio Brilhante, nos autos da ação anulatória – multa ambiental, movida em relação aos apelados Estado de Mato Grosso do Sul e Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul - Imasul, que julgou improcedente o pedido de anulação da multa ambiental, no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por manter, a apelante, junto à Fazenda São Joaquim, sem autorização ou licença ambiental, próximo à área de preservação permanente, campo de pouso de aeronaves utilizadas para aplicação de defensivos e agrotóxicos agrícolas e condenou, também, a suportar o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), para cada um dos patronos dos apelados.

A apelante, em razões recursais (ps. 406-38), aduz, preliminarmente, a nulidade da sentença, pois não recebeu a intimação da decisão de 1ª instância administrativa, no endereço expressamente fornecido, sendo enviada notificação por A.R para a Fazenda Hawana, zona rural, no município de Rio Brilhante, impedindo-a de apresentar recurso administrativo, acarretando, assim, nulidade do referido processo, razão pela qual, propugna pela anulação da sentença e da decisão administrativa que lhe impôs a multa ambiental, devendo, em consequência, ser devolvido o prazo para apresentação do recurso administrativo.

No mérito, aduz o equívoco da sentença, pois:

> *(...) há a imposição legal de que dois peritos oficiais, com habilitação técnica relacionada à espécie a ser examinada, portanto são dois peritos, com diploma superior e qualificação específica é que podem apreciar e apresentar parecer técnico competente. (...) Por conseguinte, reputa-se a autuação objurgada ilícita, pois foi realizada por agente tecnicamente incapaz e ilegalmente autorizado, impondo a pena de nulidade da conduta, pelo conflito com o texto do art. 37, incisos I e II, da CF, e, de forma reflexa, do princípio da estrita legalidade (art. 37, caput, CF). (...) Por outro lado, rechaça o Douto Juízo a aplicação da legislação estadual existente. Vejam, na autuação imposta foram aplicadas as penalidades descritas no Decreto Federal que dispõe sobre infrações administrativas. Todavia, existe legislação especifica em legislação Estadual, a qual a parte requer reforma da r. sentença para sua aplicação. (...) Em razão da aceitação dessas competências implícitas, os Estados membros são detentores de todos os meios necessários à consecução dos fins visados pelas regras de estrutura estabelecedoras do campo de sua atuação legislativa exclusiva. (...) No presente caso, existe a legislação estadual, que conforme vimos, tem competência comum e suplementar à legislação federal devendo-se, portanto, a legislação estadual ser aplicada ao presente caso (...) Assim no julgamento como há uma legislação estadual aplicável ao caso deve esta ser utilizada para a tipificação do autuado, como incurso nas penas do artigo 17 do referido Decreto Estadual. Requer, portanto, que se mantido o presente Auto de Infração que a penalidade imposta seja enquadrada na normativa estadual através do artigo 17 do Decreto 4.625/88, com a aplicação de pelo menos duas atenuantes cabíveis. Requereu ainda a Apelante a aplicação dos princípios da insignificância, razoabilidade e proporcionalidade para que possa haver a conversão da multa A autuação baseia-se na imputação dos os artigos 70 c/c 60 da Lei 9.605/98, artigo 2º, incisos II e VII c/c artigo 44 do Decreto 3.179/99, e Resolução Conjunta SEMA/IMAP 004/04 anexo item 5.5 e Resolução CONAMA 237/97. O art. 60 da Lei 9.605/98 diz respeito à imputação criminal onde não cabe a discussão na esfera administrativa, e o artigo 70 do mesmo diploma apenas descreve o que é infração administrativa. (...) A pista de pouso já está inutilizada há anos, ou seja, sem pouso ou decolagem no local, tendo inclusive a empresa já apresentado um Projeto de Recuperação de Área Degradada - PRADE junto ao IMASUL. Desta forma, sem considerar estes fatores, o órgão ambiental*

acabou por aplicar uma penalidade por demais severa e arbitrária. Verifica-se que a multa aplicada foi num valor muito além do mínimo. A valoração da multa aplicada encontra respaldo no artigo 44 acima transcrito, qual seja, o mínimo de R$ 500,00 (quinhentos reais), e foi aplicado um valor cem vezes o mínimo. Ora, o agente autuante deve levar em consideração algumas variantes antes de aplicar a multa, são elas, de acordo com o artigo 4º do referido Decreto Federal: Art. 4o A aplicação das sanções administrativas deverá observar os seguintes critérios: I - gravidade dos fatos, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente; II – antecedentes do infrator, quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; e III – situação econômica do infrator. Nenhuma das variantes foi considerada, não foi sequer averiguado se a empresa autuada era primária ou não. (...) Caso a sentença não seja reformada em todos os seus termos para declarar a nulidade da intimação ou do Auto de Infração em tela, e não invertidos os ônus sucumbenciais, requer sejam os honorários arbitrados reduzidos, pelas razões a seguir expostas: Em sentença, condenou o MM. Juiz a quo a Apelante a pagar honorários advocatícios que foram arbitrados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada um dos requeridos. (...) No presente processo foi arbitrado de honorários advocactícios o correspondente a 20% sobre o valor da causa (10% para cada parte), o valor máximo permitido em lei, o que não se justifica: não houve sequer produção de provas senão as documentais juntadas com a inicial, não houve deslocamento algum, a natureza da causa é própria e recorrente do órgão ambiental federal, não se caracterizando uma diferenciação que mereça valor arbitrado excessivo.

Por esses motivos, pugna pelo provimento do recurso para, preliminarmente, anular a sentença por ausência de notificação regular no processo administrativo ou, reformando-a, para anular a multa ambiental, por ausência de 2 (dois) peritos oficiais para a lavratura do auto de infração, ou, ainda, a redução do valor arbitrado, em homenagem ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, reduzindo-se, enfim, a verba honorária sucumbencial.

Os apelados, em contrarrazões (p. 453-58 e p. 460-70, respectivamente) pugnam pelo desprovimento do recurso.

Pesem os argumentos da apelante, a manutenção da sentença, salvo quanto ao arbitramento de honorários sucumbenciais, é impositiva.

Nulidade da sentença por ausência de intimação da decisão de primeira instância.

A alegada nulidade da sentença, por ausência de intimação da decisão proferida em primeira instância, no processo administrativo, na forma aventada pela apelante, é manifestamente insubsistente.

Com efeito, tem-se a total inexistência de prejuízo, pois, a apelante, além de não demonstrar qual seria o benefício prático de interpor o recurso administrativo, ou seja, o prejuízo sofrido, pôde socorrer-se ao Judiciário, imediatamente, sem ter de se submeter ao pagamento prévio da sanção administrativa, para obter a resposta jurisdicional à sua pretensão e, também, porque, caso optasse pelo recurso administrativo, deveria proceder ao depósito prévio, sendo que, ao propor a presente ação anulatória, sequer pretendeu obter a suspensão da exigibilidade da exação, liminarmente, mediante o depósito do valor da sanção, como forma de caução, para obter referida suspensão da penalidade.

Ademais, a notificação da referida decisão administrativa deu-se no endereço da apelante, em uma de suas filiais, Fazenda Hawana, zona rural, no município de Rio Brilhante, como se pode verificar da 10ª alteração contratual (p. 130), válida para todos os efeitos, nos termos do art. 75, do Código Civil, que relata:

Art. 75. Quanto às pessoas jurídicas, o domicílio é:

(...)

IV - das demais pessoas jurídicas, o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos.

§ 1o Tendo a pessoa jurídica diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados.

Tem-se, portanto, que a notificação da decisão de primeira instância, além de ter sido perfeitamente válida, como demonstrado acima, ainda que subsistisse alguma irregularidade, não seria hipótese de se anular a sentença, ante a total inexistência de prejuízo ou de algum aproveitamento aos interesses da apelante.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. JULGAMENTO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO QUAL PARTICIPA MAGISTRADO QUE SE DECLARA SUSPEITO. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO PARA O RESULTADO DO 'DECISUM'. NULIDADE AFASTADA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. EXTRAPOLAÇÃO DE PRAZO DE CONCLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. IRREGULARIDADES PROCEDIMENTAIS. INOCORRÊNCIA. PROVAS ILÍCITAS. INEXISTÊNCIA. NULIDADES AFASTADAS.

I - Inexiste mácula no julgamento à unanimidade de embargos declaratórios do qual participou magistrado que se afirmara suspeito e, na condição de vogal, votara em consonância com outros quatorze desembargadores da e. Corte a quo. (Precedentes: RMS 20.776/RJ, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 04/10/2007; REsp 318.963/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 07/05/2007).

II - A extrapolação do prazo para conclusão e julgamento do processo administrativo disciplinar não acarreta a sua nulidade, se, em razão disso, não houve qualquer prejuízo para a defesa do acusado. Aplicação do princípio da 'pas de nullité sans grief.' (Precedente: MS 13.589/DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJe de 02/02/09).

III - O reconhecimento de nulidade de processo administrativo disciplinar pressupõe a comprovação de efetivo prejuízo à defesa, o que não ocorrera na espécie. (Precedente: MS 13.646/DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJe de 11/11/2008).

IV - A gravação efetuada pela própria vítima dos fatos e utilizada em processo administrativo disciplinar é admitida como prova, para fins de aplicação da pena disciplinar. (Precedente: RMS 19.785/RO, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 30/10/2006).

*V - A alegação de perseguição política como fundamento para aplicação de pena disciplinar demanda dilação probatória, incompatível com as vias estreitas do mandado de segurança. (*Precedente: AgRg no MS 12.232/DF, 3ª Seção, de minha relatoria, DJ de 30/10/2006).

Recurso ordinário desprovido. (STJ. RMS N. 24.798/PE. 5ª Turma. Rel. Min. Felix Fischer. J. 17/02/09).

Nulidade do A.I. por incompetência do policial militar ambiental e ausência de assinatura de dois peritos ambientais.

A insurgência da apelante quanto à lavratura do auto de infração, por policial militar ambiental, sem a assinatura de dois peritos, também, é improcedente, pois a infração cometida, "*manter campo de pouso de aeronave, para aplicação de agrotóxicos e defensivos agrícolas, sem prévia licença ambiental*", prescinde de laudo pericial técnico ambiental para a constatação da violação à lei ambiental e materialidade do delito.

Ademais, conforme o art. 70, §1º, da Lei 9.605/1998, constitui atribuição a todos os funcionários dos órgãos ambientais a função para lavrar autos de infração e instaurar processos administrativos, desde que designados para as atividades de fiscalização, nesses termos: *"§ 1º São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização"*.

A propósito:

> *Meio Ambiente - Embargos à execução de muita ambiental - Norma regulamentar invocada que se mostra sem pertinência com a infração em discussão no presente caso - Auto de infração lavrado por policial militar, agente do Estado com regular competência para tanto - Construção de dique em área de reserva ecológica, sem licença - Degradação ambiental a constituir decorrência lógica dessa conduta - Ofensa ao meio ambiente configurada, com o que dispensada prévia advertência, antes da imposição de multa - Valor da penalidade fixado com modicidade, dentro dos parâmetros do art. 84, inciso I do Regulamento da Lei Estadual nº 997/76 - Recurso não provido.* (TJ/SP. AC 6.766.735.400. Câmara Especial de Meio Ambiente. Rel. Des. Jacobina Rabello. J. 07/08/2008. DJ. 15/08/2008).
>
> *RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. POLUIÇÃO SONORA. AUSÊNCIA DE PROVA PERICIAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUBSISTÊNCIA. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO. I. Nulidade da sentença condenatória em virtude da não realização da prova pericial visando à comprovação da prática de crime ambiental (poluição sonora). II. Alegação insubsistente, pois, conforme assentou o acórdão impugnado, a materialidade do delito foi comprovada pela prova testemunhal. III. Esse entendimento vai ao encontro de jurisprudência consolidada desta Corte no sentido de que embora a produção da prova técnica seja necessária para esclarecer situações de dúvida objetiva acerca da existência da infração penal, o seu afastamento é sistemático e teleologicamente autorizado pela legislação processual penal nos casos em há nos autos outros elementos idôneos aptos a comprovar a materialidade do delito (HC 108.463/MG, Rel. Min. Teori Zavascki). IV Recurso ordinário não provido.* (STF. RHC n. 117465/DF. 2ª Turma. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. J. 04/02/2014. DJe. 17-02-2014)

Aplicação da legislação estadual e dos princípios da insignificância, razoabilidade e proporcionalidade, inclusive, para conversão da multa.

A apelante pretende seja aplicada a legislação estadual aos fatos noticiados no auto de infração, qual seja, o Decreto Estadual n. 4.625/88, que possui competência comum e suplementar à legislação federal, sendo que, se mantido o Auto de Infração, a penalidade imposta deve ser enquadrada na referida norma estadual, precisamente, nos termos do art. 17, do Decreto 4.625/88, com a aplicação de pelo menos duas atenuantes cabíveis.

Essa pretensão, também, não pode ser acolhida, pois o Decreto Federal n. 3.179/99, que dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, conforme artigo 44, estabelece multa de R$ 500,00 (quinhentos reais) a R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) para o agente que *"construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território*

nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentos pertinentes", tipicidade que delineia, com precisão, a conduta lesiva da apelante.

De outro vértice, em que pese o Decreto Estadual n. 4.625/88 estabeleça hipóteses de circunstâncias atenuantes de pena, entre elas, nos termos da apelante, aquelas previstas no art. 17, em especial, *"(...) no mínimo, deve ser considerada a colaboração com o agente autuante, e o próprio arrependimento eficaz",* não há, nos autos, qualquer demonstração inequívoca que ela tenha agido ou contribuído para receber referida benesse ou atenuação da multa, não havendo como se falar, portanto, em aplicação do referido Decreto Estadual.

Pelos mesmos motivos, também, não há razão para diminuir o valor da sanção ou proceder à conversão da penalidade, na forma aduzida pela apelante, pois, a toda evidência, a gravidade da conduta – manter campo de pouso de aeronaves para aplicação de defensivos e agrotóxicos agrícolas, sem prévia licença ou autorização ambiental, é incontestável e, por isso, deve ser repreendida nos rigores da lei, não havendo meios para entender pela insignificância, como pretende a apelante.

Ademais, considerado-se o poderio econômico da apelante, e o valor da multa prevista no art. 44, do Decreto Federal 3.179/99, que estabelece os patamares de R$ 500,00 (quinhentos reais) a R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), mostrou-se bastante razoável o arbitramento em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), bem aquém do máximo previsto na referida norma.

Por esses motivos, não há meios para proceder à aplicação do art. 72, § 4º, da Lei n. 9.605/98, que estabelece a conversão da multa em prestação de serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, pois, além de a apelante limitar-se a alegar que teria assinado Termo de Ajustamento de Conduta, junto ao MPE, e Projeto de Recuperação de Área Degradada - Prade, junto ao IMASUL, sem contudo, nada comprovar, deixou, também, de requerer e de apresentar o pré-projeto do desiderato, por ocasião de apresentação da defesa, nos termos do art. 142 e *ss* do Decreto 6.514/08, que estabelece: *"o autuado poderá requerer a conversão de multa de que trata esta Seção por ocasião da apresentação da defesa"*.

Honorários Sucumbenciais.

Finalmente, pretende a apelante a redução dos honorários sucumbenciais, pois arbitrados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), para cada um dos patronos dos apelados, totalizando R$ 10.000,00, o que representa 20% (vinte por cento) do valor da causa, o que não se justifica, pois a matéria é basicamente de direito e não houve produção de provas e elevada complexidade da causa, impondo-se a redução da referida verba.

Nessa questão, entendo que razão assiste à apelante.

Com efeito, não há razão para se arbitrar duas verbas honorárias sucumbenciais, para cada um dos procuradores dos apelados, Estado de Mato Grosso do Sul e Imasul, porquanto o art. 23, do CPC/73, vigente por ocasião da prolação da sentença, disciplinava que, *"concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem pelas despesas e honorários em proporção"*, assim, os honorários arbitrados serão rateados, proporcionalmente, entre os credores.

Ademais, a complexidade da presente demanda não orienta o arbitramento da verba honorária em seu patamar máximo (20%), pois, de fato, não houve realização de audiência, produção de prova oral ou pericial, tratando-se de questão basicamente de direito, razão pela qual, entendo reduzir a verba honorária para 15% (quinze por cento) do valor corrigido da causa, rateando-se, proporcionalmente, entre os patronos dos apelados, o que faço nos termos dos arts. 20, § 4º e 23, do CPC/73.

Em razão do exposto, dou parcial provimento ao recurso, para reformar a sentença, no ponto, quanto ao arbitramento dos honorários sucumbenciais, reduzindo-os para 15% (quinze por cento) do valor corrigido da causa, distribuindo, proporcionalmente, entre os patronos dos apelados, nos termos dos arts. 20, § 4º e 23, do CPC/73, mantendo-se os demais capítulos do julgado.

Como a decisão foi proferida na vigência do CPC/73, deixo de arbitrar os honorários recursais sucumbenciais (art. 85, § 11, do CPC/15), até porque, houve reforma de parte do julgado, com o provimento parcial do recurso, não incidindo, portanto, referido dispositivo legal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 14 de dezembro de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0810992-23.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte

EMENTA–APELAÇÃOCÍVEL–AÇÃOCIVILPÚBLICACOMPEDIDODECONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE – LEI COMPLEMENTAR N. 214/2013 – ARGUMENTO DO APELANTE, NO SENTIDO DE QUE, A LEGISLAÇÃO MUNICIPAL, AO EXCEPCIONAR AS FESTIVIDADES DENOMINADAS EXPOGRANDE, FESTA DE SANTO ANTONIO, EXPOMS RURAL NO MÊS DE SETEMBRO E SHOW DA VIRADA, INCORREU EM VÍCIO DE CONSTITUCIONALIDADE POR VIOLAR OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E IMPESSOALIDADE, DENTRE OUTRAS IRREGULARIDADES E OFENSAS A NORMAS DE DIREITO AMBIENTAL – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO LEGAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Na hipótese, o ato normativo impugnado pelo apelante (Lei Complementar Municipal, n. 214/2013), tratou de excepcionar do alcance da mesma Lei, alguns eventos festivos por entender o legislador que *"(...) Expogrande, Festa de Santo Antonio, ExpoMS Rural no mês de Setembro e o Show da Virada', representam manifestações tradicionais"* e, assim, são *"(...) toleradas, excepcionalmente"*, traduzindo vontade do legislador em manter referidas manifestações por anseios, igualmente importantes como a proteção ambiental, que exteriorizam a cultura e tradição da comunidade local, não havendo, como falar, portanto, em violação à Constituição e outras normas e regulamentos.

O fato de alguns eventos decorrerem de organização e iniciativa de empresas privadas, como Expogrande, ExpoMS Rural no mês de Setembro e o Show da Virada, por si só, não traduzem vício de inconstitucionalidade ou irregularidade, aptos a serem taxados de lei privada ou lei de encomenda, como alegou a apelante, pois, a toda evidência, já estão incorporados na cultura e tradição do povo campo-grandense, bastando, para tanto, exemplificar que atividades como o futebol, copa do mundo e olimpíadas, são eventos igualmente organizados por entidades privadas e, nem por isso, deixaram de contemplar um patrimônio cultural e tradicional de toda coletividade.

O ato normativo impugnado, enfim, ao contrário do entendimento consubstanciado nas razões recursais, e no r. parecer ministerial, não atenta ou viola princípios e normas de direito ambiental, mas, em verdade, fomenta outros princípios em conjugação com aquele, conformando diversos valores constitucionais, em prol da manutenção, fomento e divulgação das tradições, costumes e cultura local.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 22 de março de 2017.

Des. Claudionor Miguel Abss Duarte - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação, inconformado com a sentença (p. 758-68, complementada em embargos de declaração, p. 786-89), proferida pelo juízo da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação civil pública com pedido liminar e controle incidental de constitucionalidade, movida pelo apelante, em relação ao apelado Município de Campo Grande, que indeferiu pedido de afastamento da incidência da Lei Complementar Municipal, n. 214/2013, por ser inconstitucional, e a proibição ao apelado de conceder licença ambiental para atividades festivas e eventos musicais nos eventos denominados Expogrande, ExpoMS Rural no mês de Setembro, Show da Virada, Festa de Santo Antonio e Aniversário da Cidade, em qualquer lugar que se instalem, sem prévio projeto de isolamento acústico em conformidade com a NBR 10.151, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), e elaboração dos Estudos de Impacto Ambiental, Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) e Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança (EIV).

O apelante, em razões recursais (ps. 796-8510), aduz, preliminarmente, a distribuição por dependência ao Des. Sideni Soncini Pimentel, da 5ª Câmara Cível, em razão da prevenção, por já ter apreciado diversos recursos e incidentes decorrentes da mesma situação fática, impondo-se, assim, a distribuição do presente incidente perante a 5ª Câmara Cível, na pessoa e. Des. Sideni Soncini Pimentel.

No mérito, noticiou o equívoco da decisão, pois a Lei Complementar Municipal, n. 214/2013, ao isentar os eventos noticiados do cumprimento das normas ambientais, referida norma incidiu em diversos vícios de inconstitucionalidade, formal e material, entre outras questões, como ofensa à isonomia e impessoalidade, pois *"(...) a Lei foi feita sob encomenda"* e para beneficiar determinadas pessoas jurídicas de direito privado, em especial, a Acrissul e a TV Morena, em detrimento de outros entes que não poderão realizar eventos semelhantes.

Esclareceu que a declaração de constitucionalidade da LCM n. 214/13, em sede de controle abstrato, proferida pelo Órgão Especial, deste Sodalício, nos autos da ADI nº 4003256-19.2013.8.12.0000, não se aplica ao caso concreto porque ainda não transitou em julgado e a causa de pedir, na referida ADI, é distinta da presente ação civil pública, destacando que:

> *(...) o processo objetivo de controle de constitucionalidade possui cognição limitada, vale dizer, apenas analisa a inconstitucionalidade da norma municipal frente à Constituição Estadual. Nela não são apreciadas situações individuais ou relações jurídicas já firmadas no âmbito da lei anterior, da mesma forma que não se admite o cotejo da norma impugnada com outras normas que tutelam o meio ambiente, estaduais, federais e normas técnicas. (...) Além da inconstitucionalidade, nesta ação civil pública a causa de pedir é mais abrangente, versando sobre pedidos que não partem, necessariamente, da premissa da inconstitucionalidade da norma. Não apenas está em debate a sua inconstitucionalidade, mas a sua adequada interpretação e as possibilidades de sua aplicação frente as demais normas do ordenamento jurídico.*

Asseverou ser necessário o prévio licenciamento ambiental, com base em diversas Leis para a realização dos eventos noticiados, em especial, nos termos do art. 225, da Constituição Federal, quando a atividade:

> *(...) A) utiliza recursos ambientais (não somente os naturais); B) é considerada efetiva ou potencialmente poluidora; ou, C) é capaz de causar degradação ambiental, concluindo que (...) a Câmara Municipal de Campo Grande-MS, utilizando de manobra política, interferindo na atuação do Poder Judiciário, rescindiu a coisa julgada por meio*

de lei municipal a qual alguns vêm emprestando aplicação retroativa, ou seja, produzindo inconstitucionalmente no caso concreto. Em relação aos eventos denominados 'Expogrande' e 'ExpoMS Rural' realizados direta ou indiretamente pela pessoa jurídica Associação dos Criadores de Mato Grosso do Sul (ACRISSUL), há acordo judicial homologado e transitado em julgado (coisa julgada), onde se exige a observância de todas as regras técnicas e de proteção ambiental. No Parque de Exposições Laucídio Coelho, diante das conclusões do Estudo Acústico acima referido há certeza de que a realização de shows, festas, eventos musicais em geral e rodeios, inclusive os eventos 'Expogrande', 'ExpoMS Rural no mês de Setembro', 'Aniversário da Cidade', 'Festa de Santo Antonio' e 'Show da Virada', no Parque de Exposições Laucídio Coelho gera poluição ambiental, poluição sonora. Lendo o acordo judicial (em anexo) nota-se que a exigência de licenciamento ambiental e de cumprimento de padrões de qualidade ambiental vem de lei ordinária e complementar de índole Federal, bem como da própria Constituição Federal. Frise-se: o entendimento dos Poderes Legislativo e Executivo Municipal, manifestado por meio da edição da lei ora vergastada, não deve interferir minimamente sequer na incidência e obrigatoriedade das determinações contidas na legislação federal e na CF/88. (...) Logo, exceção criada pela Lei Complementar Municipal nº 214/2013 não tem qualquer eficácia jurídica em face do mencionado acordo judicial transitado em julgado, porque continuam em plena vigência a Constituição Federal e demais leis federais!

Por esses motivos, pugna pelo provimento do recurso de apelação para, reformando-se a sentença, afastar a incidência da Lei Complementar Municipal 214/13 e obrigar o apelado a exigir o estudo de impacto ambiental para a realização dos eventos noticiados.

O apelado apresentou contrarrazões e documentos (p. 881-85), pelo desprovimento do recurso e manutenção integral da sentença.

No parecer ministerial de ps. 894-907, o d. Procurador de Justiça, Aroldo José de Lima, opinou pelo provimento do recurso.

VOTO

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

Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul interpõe recurso de apelação, inconformado com a sentença (p. 758-68, complementada em embargos de declaração, p. 786-89), proferida pelo juízo da 2ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação civil pública com pedido liminar e controle incidental de constitucionalidade, movida pelo apelante, em relação ao apelado Município de Campo Grande, que indeferiu pedido de afastamento da incidência da Lei Complementar Municipal, n. 214/2013, por ser inconstitucional, e a proibição ao apelado de conceder licença ambiental para atividades festivas e eventos musicais nos eventos denominados 'Expogrande', 'ExpoMS Rural no mês de Setembro', 'Show da Virada', 'Festa de Santo Antonio' e 'Aniversário da Cidade', em qualquer lugar que se instalem, sem prévio projeto de isolamento acústico em conformidade com a NBR 10.151, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), e elaboração dos Estudos de Impacto Ambiental, Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) e Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança (EIV).

O apelante, em razões recursais (ps. 796-851), aduz, preliminarmente, a distribuição por dependência ao Des. Sideni Soncini Pimentel, da 5ª Câmara Cível, em razão da prevenção, por já ter apreciado diversos recursos e incidentes decorrentes da mesma situação fática, impondo-se, assim, a distribuição do presente incidente perante a 5ª Câmara Cível, na pessoa e. Des. Sideni Soncini Pimentel.

No mérito, noticiou o equívoco da decisão, pois a Lei Complementar Municipal, n. 214/2013, ao isentar os eventos noticiados do cumprimento das normas ambientais, referida norma incidiu em diversos vícios de inconstitucionalidade, formal e material, entre outras questões, como ofensa à isonomia e impessoalidade, pois *"(...) a Lei foi feita sob encomenda"* e para beneficiar determinadas pessoas jurídicas de direito privado, em especial, a Acrissul e a TV Morena, em detrimento de outros entes que não poderão realizar eventos semelhantes.

Esclareceu que a declaração de constitucionalidade da LCM n. 214/13, em sede de controle abstrato, proferida pelo Órgão Especial, deste Sodalício, nos autos da ADI nº 4003256-19.2013.8.12.0000, não se aplica ao caso concreto porque ainda não transitou em julgado e a causa de pedir, na referida ADI, é distinta da presente ação civil pública, destacando que *"(...) o processo objetivo de controle de constitucionalidade possui cognição limitada, vale dizer, apenas analisa a inconstitucionalidade da norma municipal frente à Constituição Estadual. Nela não são apreciadas situações individuais ou relações jurídicas já firmadas no âmbito da lei anterior, da mesma forma que não se admite o cotejo da norma impugnada com outras normas que tutelam o meio ambiente, estaduais, federais e normas técnicas. (...) Além da inconstitucionalidade, nesta ação civil pública a causa de pedir é mais abrangente, versando sobre pedidos que não partem, necessariamente, da premissa da inconstitucionalidade da norma. Não apenas está em debate a sua inconstitucionalidade, mas a sua adequada interpretação e as possibilidades de sua aplicação frente as demais normas do ordenamento jurídico."*

Asseverou ser necessário o prévio licenciamento ambiental, com base em diversas Leis para a realização dos eventos noticiados, em especial, nos termos do art. 225, da Constituição Federal, quando a atividade:

> *(...) A) utiliza recursos ambientais (não somente os naturais); B) é considerada efetiva ou potencialmente poluidora; ou, C) é capaz de causar degradação ambiental, concluindo que (...) a Câmara Municipal de Campo Grande-MS, utilizando de manobra política, interferindo na atuação do Poder Judiciário, rescindiu a coisa julgada por meio de lei municipal a qual alguns vêm emprestando aplicação retroativa, ou seja, produzindo inconstitucionalmente no caso concreto. Em relação aos eventos denominados 'Expogrande' e 'ExpoMS Rural' realizados direta ou indiretamente pela pessoa jurídica Associação dos Criadores de Mato Grosso do Sul (ACRISSUL), há acordo judicial homologado e transitado em julgado (coisa julgada), onde se exige a observância de todas as regras técnicas e de proteção ambiental. No Parque de Exposições Laucídio Coelho, diante das conclusões do Estudo Acústico acima referido há certeza de que a realização de shows, festas, eventos musicais em geral e rodeios, inclusive os eventos 'Expogrande', 'ExpoMS Rural no mês de Setembro', 'Aniversário da Cidade', 'Festa de Santo Antonio' e 'Show da Virada', no Parque de Exposições Laucídio Coelho gera poluição ambiental, poluição sonora. Lendo o acordo judicial (em anexo) nota-se que a exigência de licenciamento ambiental e de cumprimento de padrões de qualidade ambiental vem de lei ordinária e complementar de índole Federal, bem como da própria Constituição Federal. Frise-se: o entendimento dos Poderes Legislativo e Executivo Municipal, manifestado por meio da edição da lei ora vergastada, não deve interferir minimamente sequer na incidência e obrigatoriedade das determinações contidas na legislação federal e na CF/88. (...) Logo, exceção criada pela Lei Complementar Municipal nº 214/2013 não tem qualquer eficácia jurídica em face do mencionado acordo judicial transitado em julgado, porque continuam em plena vigência a Constituição Federal e demais leis federais!*

Por esses motivos, pugna pelo provimento do recurso de apelação para, reformando a sentença, afastar a incidência da Lei Complementar Municipal 214/13 e obrigar o apelado a exigir o estudo de impacto ambiental para a realização dos eventos noticiados.

O apelado apresentou contrarrazões e documentos (p. 881-85), pelo desprovimento do recurso e manutenção integral da sentença.

No parecer ministerial de ps. 894-907, o d. Procurador de Justiça, Aroldo José de Lima, opinou pelo provimento do recurso.

Inicialmente, rejeito o pedido do apelante para redistribuição do recurso para a 5ª Câmara Cível, pois a presente ação trata de violações à Constituição, e outras normas e regulamentos de direito ambiental, pelo advento da Lei Complementar Municipal, n. 214/2013, ou seja, sobre ato normativo editado após a distribuição das diversas ações noticiadas pelo agravante, e que tramitaram perante a referida Câmara Cível, deste sodalício, *"(...) A) Agravo de Instrumento nº 2010.037575-7, relativo à Ação Civil Pública nº 0057579-44.2010.8.12.0001 (001.10.057579-0); B) Agravo de Instrumento nº 2011.032338-0, oriundo do Cumprimento de Sentença nº 0044088-33.2011.8.12.0001; C) Agravo de Instrumento nº 2011.032332-8, decorrente do Cumprimento de Sentença nº 0044086-63.2011.8.12.0001; D) Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 2012.005598-5/0001-00, manejado no bojo da Ação Anulatória nº 0007267-3.2012.8.12.0001".* (p. 800), tratando-se, portanto, de questões diversas e pretéritas, ainda que sobre situações fáticas semelhantes, não havendo, portanto, qualquer hipótese de prevenção ou risco de decisões conflitantes, motivo pelo qual, indefiro o pedido de redistribuição do presente recurso.

No mérito, o ponto controvertido cinge-se, basicamente, à possibilidade, ou não, de realização de shows e eventos noticiados na Lei Complementar Municipal, n. 214, de 18 de março de 2013, a saber, as festividades denominadas Expogrande, ExpoMS Rural no mês de Setembro, Show da Virada, Festa de Santo Antonio e Aniversário da Cidade, por ser, nos termos da apelante, primeiramente, inconstitucional e, depois, por ferir frontalmente diversas normas, leis e regulamentos de natureza ambiental.

A apelante, e o parecer Ministerial, aduzem o equívoco da sentença, pois se limitou a entender pela declaração de constitucionalidade do referido ato normativo (Lei Complementar n. 214/2013), deixando de analisar, no entanto, os fundamentos quanto à violação a diversos outros atos normativos que exigem, por exemplo, a expedição de licenças e alvarás ambientais, projeto de isolamento acústico em conformidade com a NBR 10.151, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), e elaboração dos Estudos de Impacto Ambiental, Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) e Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança (EIV) e, assim, não haveria como a sentença recorrida deixar de obstar a realização dos referidos eventos.

O ato normativo impugnado pelo apelante traz a seguinte redação:

> *LEI COMPLEMENTAR n. 214, DE 18 DE MARÇO DE 2013.*
>
> *ALTERA DISPOSITIVO DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL n. 08, DE 28 DE MARÇO DE 1996.*
>
> *Faço saber que a Câmara Municipal aprovou e eu, Alcides Jesus Peralta Bernal, Prefeito Municipal de Campo Grande, Capital do Estado de Mato Grosso do Sul sanciono a seguinte Lei Complementar:*
>
> *Art. 1º. O Art. 6º, da Lei Complementar n. 08, de 28 de março de 1996, passa a vigorar com a seguinte redação:*
>
> ***Art. 6º. Por ocasião do carnaval e nas comemorações do Aniversário da Cidade, Natal, Ano Novo, Expogrande, Festa de Santo Antonio, ExpoMS Rural no mês de Setembro e o Show da Virada, são toleradas, excepcionalmente, aquelas manifestações tradicionais, normalmente proibidas por esta Lei.*** *(NR)*

Art. 2º. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

CAMPO GRANDE-MS, 18 DE MARÇO DE 2013.

ALCIDES JESUS PERALTA BERNAL

Prefeito Municipal

Publicada no Diogrande Nº 3.728, De 19 de Março de 2013 - Projeto de Lei nº 342/13. Destaquei.

Como se pode verificar, o ato normativo tratou de excepcionar do alcance da mesma Lei, alguns eventos festivos por entender o legislador que *"(...) carnaval, comemorações do Aniversário da Cidade, Natal, Ano Novo, Expogrande, Festa de Santo Antonio, ExpoMS Rural no mês de Setembro e o Show da Virada, representam manifestações tradicionais"* e, assim, são *"toleradas, excepcionalmente",* traduzindo vontade do legislador em manter referidas manifestações por anseios, igualmente importantes como a proteção ambiental, que exteriorizam a cultura e tradição da comunidade local, não havendo, como falar, portanto, em violação à Constituição e outras normas e regulamentos, justamente, insisto, por se tratarem de exceções legais e opção do Legislador em promover referidas manifestações populares e tradicionalmente incorporadas na cultura local.

De outro vértice, o simples fato de alguns eventos decorrerem de organização e iniciativa de empresas privadas, como Expogrande, ExpoMS Rural no mês de Setembro e o Show da Virada, por si só, não traduzem vício de inconstitucionalidade ou irregularidade, aptos a serem taxados de lei privada ou lei de encomenda, como alegou a apelante, pois, a toda evidência, já estão incorporados na cultura e tradição do povo campo-grandense, bastando, para tanto, exemplificar que atividades como o futebol, copa do mundo e olimpíadas, são eventos igualmente organizados por entidades privadas e, nem por isso, deixaram de contemplar um patrimônio cultural e tradicional de toda coletividade.

Com efeito, valho-me dos termos alinhavados no voto de minha relatoria designada, ao entender pela Constitucionalidade abstrata da Lei Complementar Municipal n. 214/2013, no julgamento do ADI N. 4003256-19.2013.8.12.0000, cujos argumentos prestam-se à razão de decidir, no presente caso concreto:

(...) trata-se de ADI ajuizada pelo MPE em face da Lei Complementar Municipal 214/2013 desta Capital que, alterando o art. 6º da Lei Complementar Municipal 8/1996, à redação anterior acrescentou algumas exceções (além das que já eram previstas) ***à*** *proibição de ruídos, vibrações ou sons acima dos níveis estabelecidos no Código de Polícia Administrativa do Município de Campo Grande (Lei 2.909/92).*

A impugnação vem assentada em três argumentos de inconstitucionalidade:

1- a lei municipal violaria a competência legislativa da União ao contrariar normas gerais ambientais que fixam os níveis de poluição sonora toleráveis em nosso ordenamento jurídico (CE, art. 17, I e II);

2- violaria os princípios da impessoalidade e isonomia ao beneficiar apenas um grupo de administrados (CE, art. 25); e

3- violaria o dever público de proteção ao meio ambiente e combate à poluição em todas as suas formas (CE, art. 222).

O relator acolheu os argumentos iniciais, para declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada, entre outros fundamentos, porquanto o texto impugnado se constitui, por linhas transversas, em afronta à decisão deste Tribunal, consubstanciada em instrumento

de acordo realizado nos autos do agravo de instrumento n. 2010.037575-7, de relatoria do Des. Sidnei Soncini Pimentel, legalmente aperfeiçoado e homologado judicialmente com vistas a assegurar solução amigável para o litígio que se encontrava em curso (f. 172-174). Vale dizer, nos autos da ação civil pública n. 005757944.2010.8.12.0001, por iniciativa do Des. Sidnei Soncini Pimentel, houve composição acerca dos shows que seriam realizados na Expogrande.

Pedi vista dos autos para melhor analisar a questão jurídica.

Peço vênia para divergir do respeitável voto de sua Exª, eis que depois de estudar o tema e refletir, percebo que a Lei Complementar Municipal 214/2013 impugnada não desrespeita a Constituição Estadual, sendo induvidoso que a circunstância, no sentido de que o texto impugnado, por linhas transversas, se constitui em afronta à decisão deste Tribunal, não pode ser perquerida em Ação Direta de Inconstitucionalidade, mas por vias processuais adequadas ao caso concreto, e não por uma via de controle abstrato em que se contrasta norma municipal face à Constituição Estadual.

Em primeiro lugar, ao contrário do que afirmado na inicial, a norma municipal, que tem fundamento na competência legislativa suplementar, não está a disciplinar a matéria em sentido diametralmente oposto às normas gerais lançadas pela União. Na verdade, sequer aborda aspectos da legislação nacional no tema.

Aliás, em tema de poluição sonora, o art. 91 do Código de Polícia Administrativa do Município de Campo Grande (com a redação dada pela Lei Complementar Municipal 8/96) – dispositivo que não foi alterado pela norma impugnada e que, portanto, é vigente e plenamente eficaz – estabelece que os níveis de intensidade de sons ou ruídos, bem como seu método de medição e avaliação, obedecerão as recomendações das normas NBR 10.151 e NBR 10.152, isto é, adota o mesmo parâmetro estabelecido pelas normas gerais da União (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, Lei Federal 6.938/91, art. 8º, VII c/c Resolução CONAMA 1/90, inciso V).

Assim, se por um lado a lei impugnada não aborda qualquer aspecto das normas gerais da União, não sendo possível, portanto, ter invadido a competência legislativa do ente maior, por outro, é certo que o Município de Campo Grande expressamente adota o parâmetro federal, em norma outra que não a impugnada.

Além disso, a própria norma federal alegadamente violada autoriza a atuação dos entes menores no tema (desde que não contrariem o conteúdo da manifestação da União), conforme se verificará no último tópico, que analisa a impugnação de inconstitucionalidade quanto ao dever de proteção ambiental.

Portanto, inexiste violação à Constituição Estadual nos seus artigos 17, I e II, tendo a lei municipal inovado dentro do estrito quadro da competência legislativa suplementar dos municípios, eis que apenas tratou de manifestações tradicionais de interesse local em face da legislação ambiental também local, sem contrariar o conteúdo das respectivas normas gerais da União.

Em segundo lugar, também não procede a alegada violação aos princípios da impessoalidade e isonomia. Nesse aspecto, a impugnação parte de uma visão parcial e incompleta do conteúdo, sentido e eficácia da norma impugnada.

Digo isso porque, ao contrário dos argumentos iniciais, a lei impugnada não beneficia apenas um grupo de administrados.

Pelo contrário, a alteração promovida pela lei questionada acrescentou mais cinco manifestações tradicionais a serem toleradas, isto é, excepcionadas da vedação contida no art. 88 do Código de Polícia Administrativa do Município de Campo Grande (Lei 2.909/92).

Objetivamente, então, além do Carnaval, Natal e Ano Novo (exceções já previstas anteriormente), passou-se a admitir (depois de devida fiscalização e autorização administrativa) ruídos, vibrações ou sons acima dos níveis ordinariamente permitidos em cinco outras manifestações tradicionais desta Capital: 1- Aniversário da Cidade de Campo Grande, 2- Expogrande, 3- Festa de Santo Antônio, 4- ExpoMS Rural no mês de Setembro e 5- Show da Virada (organizado pela TV Morena).

Significa dizer, manifestações tradicionais cujos beneficiários (participantes, visitantes, organizadores e toda sorte de pessoas envolvidas) são indeterminados e indetermináveis.

Não há se falar, portanto, em lei sob encomenda, já que impossível individualizar ou identificar a infinidade de pessoas beneficiadas pela lei municipal.

E mais. Por outro lado, se é fato que a impugnação se equivoca ao se atentar mais à Expogrande do que aos demais eventos tradicionais autorizados pela lei municipal questionada, também é certo que enxerga e analisa a referida exposição de maneira parcial e incompleta.

Isso porque, ainda que organizada por entidade privada (uma associação constituída há 83 anos neste Estado), não se pode dizer ter intuito exclusivamente lucrativo, objetivos exclusivamente privados ou ser do interesse apenas de seus associados.

Ora, tal feira (que é realizada há 81 anos e teve sua 76ª edição em 2014), é de conhecimento geral nesse Estado, tem inúmeros outros objetivos, como lazer e diversão familiar, acesso à cultura regional, fomento e manutenção dos costumes regionais, dentre outros.

E nem se diga, ainda, haver discriminação às demais manifestações locais com as mesmas características e que não tenham sido açambarcadas pela lei impugnada, eis que poderão a qualquer momento fazer suas reivindicações chegarem ao Parlamento municipal, ou, ainda, demonstrar perante o Poder Judiciário, em casos concretos, a discriminação de que eventualmente sejam vítimas. O que não se pode, contudo, é genericamente dizer violada a isonomia, com o objetivo de expulsar a lei do ordenamento, anulando a manifestação do legislador local.

Portanto, inexiste violação aos princípios da impessoalidade e isonomia (CE, art. 25).

Em terceiro lugar, também improcede a alegada violação ao dever público de proteção ambiental e combate à poluição em todas as suas formas.

É que o dever constitucional de proteção ambiental não se trata se regra cuja incidência seja absoluta, afastando todas as demais normas constitucionais. Trata-se de norma-princípio que deve conviver em harmonia com as demais normas-princípio, a exemplo do direito fundamental ao lazer, cultura e acesso à cultura local e regional (que, inclusive, faz referência à identidade, à ação e à memória do povo).

Veja-se que a própria Resolução Conama 1/90 (inciso V), que integra a norma geral da União no tema e que indica os padrões técnicos ratificados pela legislação municipal, autoriza que as entidades e órgãos públicos (federais, estaduais e municipais) competentes, no uso do respectivo poder de política, disporão de acordo com o estabelecido nesta Resolução, sobre a emissão ou proibição da emissão de ruídos produzidos por

qualquer meios ou de qualquer espécie, considerando sempre os local, horários e a natureza das atividades emissoras, com vistas a compatibilizar o exercício das atividades com a preservação da saúde e do sossego público.

Ora, do ponto de vista constitucional, não poderia ser diferente, isto é, a União não poderia se arrogar única fonte expedidora de atos legislativos no tema de poluição sonora, já que em absolutamente todas as matérias de competência legislativa concorrente obrigatoriamente deve ser reservado espaço para atuação suplementar dos entes menores (Estados e Municípios), ante peculiaridades regionais e locais, sob pena de vulneração da estrutura federativa brasileira e sua repartição constitucional de competências.

Saliente-se, ainda, a determinação constitucional de que o estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais (CF, art. 215).

Atentando-se a isso é que o legislador municipal, considerando imposições constitucionais outras, criou hipóteses excepcionais e temporárias, de curto espaço de tempo e localização estabelecida, em que são tolerados ruídos, vibrações ou sons acima dos níveis ordinariamente estabelecidos na legislação – mitigando minimamente a proibição ambiental.

Frise-se: não se tratam de atividades permanentes. São eventos e manifestações culturais que fomentam, mediante atividades temporárias, outros valores e imposições constitucionais.

Aliás, nessa ordem de ideias, apenas a título de exemplo, a legislação municipal (art. 5º, Lei Complementar Municipal 8/2006) prevê ainda outras exceções no caso de ruídos e sons produzidos por vozes ou aparelhos usados na propaganda eleitoral, fanfarras ou bandas de músicas em procissão, cortejos ou desfiles cívicos e templos de qualquer culto – algo até hoje não impugnado pelos legitimados.

Assim, ao contrário do que assentado pelo parquet, a lei impugnada não atenta contra o meio ambiente (CE, art. 8 e 222). Em verdade, fomenta outros princípios em conjugação com aquele, conformando diversos valores constitucionais.

Por essas razões, e novamente pedindo vênia ao nobre relator, julgo improcedentes os pedidos desta ADI, declarando a constitucionalidade da Lei Complementar Municipal 214/2013.

Como se vê, ao contrário do entendimento consubstanciado nas razões recursais, e no r. parecer ministerial, o ato normativo impugnado não atenta ou viola princípios e normas de direito ambiental, mas, em verdade, fomenta outros princípios em conjugação com aquele, conformando diversos valores constitucionais, em prol da manutenção, fomento e divulgação das tradições, costumes e cultura local.

A propósito, o julgamento da ação declaratória que reconheceu a constitucionalidade da Lei Complementar Municipal n. 214/2013, em assunto, restou assim ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 214/2013. LEI MUNICIPAL QUE AUTORIZA, TEMPORÁRIA E LOCALIZADAMENTE, A PRODUÇÃO DE RUÍDOS, VIBRAÇÕES OU SONS ACIMA DOS NÍVEIS ORDINARIAMENTE PERMITIDOS. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. LEI DECLARADA CONSTITUCIONAL.

Se a norma municipal impugnada adota o mesmo parâmetro estabelecido em normas gerais, não há se falar em disciplina local diametralmente oposta à nacional, nem,

consequentemente, usurpação ou violação de competência legislativa da União (CE, art. 17, I e II), senão mero exercício regular da competência legislativa suplementar municipal. A própria norma federal autoriza a atuação dos entes menores, ante as peculiaridades locais.

Se a norma municipal impugnada autoriza a realização de cinco manifestações tradicionais, que integram o lazer familiar, a cultura e os costumes da comunidade local, cujos beneficiários (participantes, visitantes, organizadores e toda sorte de pessoas envolvidas) são indeterminados e indetermináveis, não há se falar em violação aos postulados impessoalidade e isonomia (CE, art. 25), eis que não beneficia apenas um grupo de administrados.

O dever constitucional de proteção ambiental (CE, art. 222) não se trata de regra cuja incidência seja absoluta, afastando todas as demais normas constitucionais. Trata-se de norma-princípio que deve conviver em harmonia com as demais normas-princípio, a exemplo do direito fundamental ao lazer, à cultura e acesso à cultura local e regional que, inclusive, faz referência à identidade, à ação e à memória do povo.

Não há violação ao dever público de proteção ambiental e combate à poluição em todas as suas formas (CE, arts. 8 e 222), se, ante as peculiaridades locais, o legislador municipal cria hipóteses excepcionais e temporárias, de curto espaço de tempo e localização preestabelecida, em que são tolerados ruídos, vibrações ou sons acima dos níveis ordinariamente aceitos pela legislação, mitigando minimamente a proibição ambiental para fomentar outros valores constitucionais.

Aliás, a legislação municipal (art. 5º, Lei Complementar Municipal 8/2006) prevê ainda outras exceções no caso de ruídos e sons produzidos por 'vozes ou aparelhos usados na propaganda eleitoral', 'fanfarras ou bandas de músicas em procissão, cortejos ou desfiles cívicos' e 'templos de qualquer culto', algo até hoje não impugnado pelos legitimados.

Deixa-se de analisar a alegação de que a lei impugnada teria afrontado decisão homologatória de acordo deste Tribunal, eis que a via da ação direta constitui instrumento de fiscalização abstrata, que sabidamente não admite a discussão de situações concretas e individuais, quanto mais decisão judicial proferida em relação processual subjetiva, a envolver, inclusive, matéria fático-probatória.

Pedido julgado improcedente, com a consequente declaração de constitucionalidade da Lei Complementar Municipal n. 214/2013 de Campo Grande/MS, restando prejudicada e revogada a liminar concedida anteriormente. (TJMS. ADI N. 4003256-19.2013.8.12.0000. Órgão Especial. Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. Designado. J. 03/09/2014. DJ. 15/09/2014).

Como se vê, quer seja sobre o prisma da inconstitucionalidade, ou da alegada violação a diversas normas, princípios, leis e regulamentos de direito ambiental, não se vislumbra vício de ilegalidade ou qualquer irregularidade a Lei Complementar Municipal n. 214/2013, impugnada pelo apelante, justamente, por se tratar de opção do legislador em excepcionar determinados eventos e festividades, à luz de valores não menos importantes, em prol da manutenção, fomento e divulgação das tradições, costumes e cultura de uma coletividade.

Vislumbra-se, enfim, que a sentença analisou os fundamentos deduzidos pelo ora apelante à luz do vigente ordenamento jurídico e, a meu ver, decidiu de forma escorreita e acertada fundamentação, não havendo motivos para censura ou reforma.

Por todo o exposto, rejeito a preliminar de redistribuição do recurso, à 5ª Câmara Cível, deste sodalício, e, no mérito, contra o parecer, nego provimento à apelação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Campo Grande, 22 de março de 2017.

***

1ª Seção Cível
Ação Rescisória nº 1410066-25.2015.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – AÇÃO RESCISÓRIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ART. 10, XIII, LEI 8.429/92 – ALEGAÇÃO DE OMISSÃO – PRELIMINARES – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA RESCINDENDA – INCOMPETÊNCIA DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA APRECIAR E JULGAR A AÇÃO – CABIMENTO DA RESCISÓRIA POR INOVAÇÃO DO PEDIDO – PRELIMINARES REJEITADAS – MÉRITO – *IUDICIUM RESCINDENS* – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO INDIVIDUALIZADA SOBRE A PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO NA PRÁTICA DE ATOS POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ART. 966, I, DO NCPC, *IUDICIUM RESCISORIUM* – CARACTERIZAÇÃO DOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – EXIGÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DE DOLO OU CULPA GRAVE – PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

O fato de serem juntados documentos após a autuação do processo e antes do despacho inicial não é suficiente para caracterizar nulidade a fim de determinar a extinção da ação sem julgamento do mérito, até por que, o relator deve antes de extinguir proporcionar ao autor que emende a inicial, além de viger no Novo CPC o princípio da primazia do julgamento do mérito.

Não havendo a substitutividade do capítulo da sentença a ser rescindida, nos casos em que, apesar de interpostos recursos, esses deixaram de apreciar o mérito da causa, a competência para processar e julgar a rescisória é do Tribunal de Justiça Estadual.

Não se exige o esgotamento da matéria para que possa ser ajuizada a ação rescisória, mas apenas que tenha havido o trânsito em julgado da sentença de mérito. Assim, mesmo que a parte não interponha nenhum recurso contra a sentença de mérito, é permitido que durante o prazo de 2 anos contados do seu trânsito em julgado seja ajuizada a ação rescisória para desconstituir a referida sentença caso haja a presença de alguns dos requisitos descritos no art. 966 do NCPC.

A ausência de questionamento e fundamentação individualizada da existência de dolo ou culpa por parte do autor na prática do ato ímprobo descrito na ação civil pública, como ocorre nos casos em que o magistrado apenas relatar de forma genérica a atitude dolosa e culposa dos requeridos, sem especificar no que consiste o dolo ou culpa de cada um deles, caracteriza violação manifesta de ordem jurídica, impondo a rescisão da sentença em *iudicium rescindens.*

Para configurar o ato de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário impõe-se a prova do elemento subjetivo do agente público, de acordo com a previsão do artigo 10 da Lei n. 8429/92, e que a ação ou omissão decorra de dolo ou culpa, pois sem esses elementos, não há que se cogitar a incidência de ato de ímprobo.

Conforme a previsão da Lei de Improbidade Administrativa, o descumprimento inescusável do dever de ofício do agente público, que proporciona dano ao erário, visto que este não agiu com atenção e diligência necessária constitui ato de improbidade administrativa quando ficar demonstrada a existência de má-fé, ou seja, a intenção do agente público em lesar o erário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, por maioria, julgar procedente a ação, nos termos do voto do relator, vencidos o revisor e o 2º vogal, nos termos do art. 942, § 3º, inciso I, do CPC.

Campo Grande, 8 de dezembro de 2016.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Dagoberto Nogueira Filho ajuizou ação rescisória contra o Estado de Mato Grosso do Sul e o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul objetivando rescindir parte da sentença, face à violação literal de dispositivo de lei, a qual foi proferida nos autos da ação civil pública n. 0022759-38.2006.8.12.0001 em que o condenou pela prática de atos de improbidade administrativa.

Inicialmente, apontou a tempestividade e o cabimento da ação rescisória, alicerçando-a no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, porque teria violado o art. 10, XIII, da lei n. 8.429/92; art. 131 do CPC e art. 93, IX, da CF, diante da ausência de fundamentação da culpa grave, dolo ou má-fé para configurar a prática de atos de improbidade administrativa.

Relatou que não houve o apontamento da existência de má-fé, dolo ou culpa grave a fim de justificar sua condenação, o que caracteriza deficiência na fundamentação da sentença, configurando direta violação aos artigos acima citados.

Pediu ao final que seja julgado procedente o pedido a fim de rescindir a sentença proferida na ação civil pública.

Juntou documentos de f. 14-630 e 1.225-1914.

A ação foi recebida às f. 668.

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul apresentou contestação arguindo preliminares de não conhecimento da rescisória por ausência de comprovação do trânsito em julgado da sentença; de não cabimento da rescisória por inovação do pedido, considerando que nas razões da apelação e do recurso especial e extraordinário interpostos anteriormente não foi alegada a ausência de fundamentação questionada nesta rescisória.

Ainda em preliminar, argui a impossibilidade de discussão da valoração das provas e também a incompetência deste Tribunal de Justiça para processar e julgar a ação, diante da substitutividade da decisão pelos Tribunais Superiores.

No mérito, pede que seja julgado improcedente o pedido por estar devidamente fundamentada a sentença rescindenda e também porque "(...) *a sentença rescindenda foi objeto de apreciação por esse egrégio Tribunal de Justiça e não foi suscitada pelo requerente ou de ofício declarada, qualquer nulidade em razão de falta de fundamentação da sentença, o que comprova estar a sentença devidamente fundamentada (p. 1556/15).*" (f. 1962)

Diz ainda que: *"(...) ao contrário do alegado pelo requerente, ao afirmar que não há dolo ou culpa capazes de configurar o ato de improbidade, têm entendido os Tribunais pátrios que o dolo é desnecessário, bastando a simples ilicitude ou imoralidade dos atos, o que se verifica in casu, uma vez ter o Autor agido em dissonância do estabelecido em Lei."* (f. 1967)

O Estado de Mato Grosso do Sul também apresentou contestação suscitando preliminar de incompetência deste Tribunal de Justiça para processar e julgar a presente ação.

Quanto ao mérito, é pela improcedência do pedido, haja vista que da fundamentação da sentença "(...) *extrai-se que o ora requerente agiu culposamente, em conduta omissiva de que, mesmo conhecedor dos fatos, não cumpriu com seu dever legal de supervisão. Sendo assim, todos os fatos importantes, com possível influência no resultado do julgamento, foram analisados e apreciados nos autos da ação civil pública originários*." (f. 1979)

Assevera que o autor busca apenas rediscutir a apreciação de fatos e provas para rever a condenação imposta na sentença rescindenda.

A Procuradoria-Geral de Justiça ratifica a contestação apresentada pelo Ministério Público, f. 1988.

O autor impugnou a contestação às f. 1990-1994.

VOTO (EM 04.04.2016)

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

Consta dos autos que Dagoberto Nogueira Filho ajuizou a presente ação rescisória contra o Estado de Mato Grosso do Sul e o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul objetivando rescindir parte da sentença, face à violação literal de dispositivo de lei, a qual foi proferida nos autos da ação civil pública n. 0022759-38.2006.8.12.0001 em que o condenou pela prática de atos de improbidade administrativa.

Afirma ter sido violado o art. 10, XIII, da lei n. 8.429/92; art. 131 do CPC e art. 93, IX, da CF, diante da ausência de fundamentação da culpa grave, dolo ou má-fé para configurar a prática de atos de improbidade administrativa, o que demonstra a hipótese do art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil.

Relatou que não houve o apontamento da existência de má-fé, dolo ou culpa grave a fim de justificar sua condenação, o que caracteriza deficiência na fundamentação da sentença, configurando direta violação aos artigos acima citados.

Da preliminar de não conhecimento do recurso por ausência de comprovação do trânsito em julgado da sentença rescindenda

O Ministério Público em sua contestação arguiu preliminar de não conhecimento da ação por ausência de comprovação do trânsito em julgado da sentença a ser rescindida e, ainda, que os documentos foram juntados após a propositura da ação.

Antes de se analisar a tempestividade ou não desta ação, impõe-se fazer um breve retrospecto dos fatos para melhor compreensão da questão.

Assim, esclarece-se que inicialmente foi ajuizada ação civil pública contra o autor desta rescisória e outros réus, em cuja sentença julgou-se procedente o pedido de condenação do réu Dagoberto Nogueira Filho.

Inconformados, todos os requeridos interpuseram recursos de apelação a este Tribunal de Justiça, em cujo acórdão deixou-se de conhecer do recurso do ora autor por deserção e manteve a sentença recorrida, f. 1557-1580.

Assim, passo a apreciação da preliminar suscitada.

Contra o referido acórdão foram interpostos recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça e recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

Com relação à data em que os documentos foram juntados, verifica-se que a petição inicial foi autuada em 3.9.2015 e distribuída a este relator no dia 8.9.2015, sendo que proferi despacho determinando a citação dos réus no dia 10.9.2015.

Acontece que no dia 9.9.2015 o autor protocolou petição requerendo a juntada dos demais documentos, sob a alegação de que no momento do ajuizamento da ação excedeu o limite suportado pelo sistema SAJ, f. 689.

Dessa forma, os demais documentos foram juntados antes do despacho inicial, o que torna possível a manutenção nos autos, até por que é fato que o sistema não comporta a juntada de uma única vez de grande quantidade de documentos.

Outrossim, mesmo antes da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil que tem como princípio a primazia do julgamento de mérito, prevalecia na doutrina pátria o entendimento segundo o qual o juiz deve oportunizar à parte a emenda à inicial antes de indeferir a petição inicial por falta de um dos documentos indispensável à propositura da rescisória, *in verbis*[1]:

> *Dentre tais documentos, destacam-se a cópia da decisão rescindenda e a certidão de seu trânsito em julgado. A ausência de alguma dessas cópias acarreta a inadmissibilidade da demanda, sendo imprescindível, contudo, que o relator, antes de indeferir a petição inicial ou de extinguir o processo sem resolução do mérito, determine a intimação da parte autora para que a emende, fazendo juntar aos autos a cópia ausente (CPC, art. 294). É relevante acentuar, ainda, que nos termos do art. 365, IV, do CPC, fazem a mesma prova que os originais as cópias reprográficas de peças processuais declaradas autênticas pelo próprio advogado sob sua responsabilidade, se não lhes for impugnada a autenticidade.*

Assim, resta evidente que o fato de os documentos terem sido juntados após a autuação e antes do despacho inicial não é suficiente para caracterizar nulidade a fim de determinar a extinção da ação sem julgamento do mérito, até por que, o Relator deve antes de extinguir proporcionar ao autor que emende a inicial.

Da mesma forma, não tem razão o Ministério Público ao afirmar a ausência de comprovação do trânsito em julgado da sentença rescindenda, pois às f. 1.029 dos autos consta a certidão de trânsito em julgado do agravo regimental no recurso extraordinário, ocorrida no dia 25.2.2014.

Quanto ao recurso especial, às folhas 1.001 foi juntada cópia da decisão que declarou deserto os embargos de divergência interposto no REsp n. 1.229.847 – MS, o qual transitou em julgado no dia 9.4.2013, conforme consta da certidão de f. 1.005.

Rejeito, portanto, a preliminar de ausência de comprovação do trânsito em julgado da sentença rescindenda.

Preliminar de incompetência deste tribunal de justiça para apreciar e julgar a ação.

A preliminar deve ser rejeitada.

1 Fredie Didier Jr, **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 3, 7ª Edição, Editora Jus Podvm, p. 427

Isso porque o autor pretende a rescisão da sentença proferida em primeiro grau que o condenou à prática de atos de improbidade administrativa, a qual não foi substituída pelos acórdãos proferidos nos recursos interpostos.

No caso, apesar de o autor ter interposto recurso de apelação a este Tribunal de Justiça, é certo que seu recurso não foi conhecido por deserção, f. 1.557 a 1.580.

Em seguida, interpôs recurso especial, no qual não houve apreciação da questão de mérito, apenas se absteve em afirmar a obrigatoriedade de preparo nas apelações interpostas contra sentença proferida em ação civil pública e sobre a preliminar de ilegitinmidade ativa do Ministério Público, f. 847 e 857.

Houve também a interposição de recurso extraordinário pelos réus Guilherme Gonçalves e José Ivan de Almeida, o qual deixou de ser conhecido por pretenderem os recorrentes a simples revisão de provas, f. 1004.

É fato, portanto, que não houve a substitutividade da sentença no capítulo da sentença que se refere ao ora autor, Dagoberto Nogueira, pois a questão da presença ou não dos requisitos para a sua condenação à prática de atos de improbidade não foram objeto de discussão nos Tribunais.

Logo, a competência para processar e julgar essa rescisória é realmente deste Tribunal de Justiça.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. COMPETÊNCIA. PROLAÇÃO. ÚLTIMO JULGAMENTO. MÉRITO. ACÓRDÃO. SUBSTITUIÇÃO. ART. 512 DO CPC. VIOLAÇÃO LITERAL. DISPOSITIVO DE LEI. INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO. REEXAME DA CAUSA. INTERPRETAÇÃO DIVERSA. PRECEITOS LEGAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. HIPÓTESE DE CABIMENTO. IMPROCEDÊNCIA.*
>
> *1.É competente para processar e julgar a rescisória o órgão judicante prolator da última decisão de mérito proferida na demanda originária, observando-se essa quadra na hipótese do art. 512 do CPC.*
>
> *2. A hipótese de cabimento da ação rescisória referente à violação de dispositivo de lei (art. 485, inciso V, do CPC) não se configura quando o aresto impugnado não emitiu, porque assim não lhe cumpria, juízo de valor sobre determinada norma jurídica.*
>
> *3. In casu, o recurso ordinário em mandado de segurança não foi provido ao fundamento da impossibilidade de atuação do Poder Judiciário sobre atribuição administrativa de banca examinadora de concurso público, não tratando, portanto, da regra estabelecida no art. 112 do Código Penal.*
>
> *4.Tampouco há violação ao art. 535 do CPC na circunstância de o aresto impugnado haver julgado em definitivo o caso concreto sem examinar, contudo, todas as alegações das partes, mas apenas considerando os fundamentos necessários à resolução da controvérsia.*
>
> *5. Desserve a ação rescisória como substitutivo recursal ou para reparar eventual injustiça da decisão, ainda exigida, para a sua procedência, a detecção de violação literal a dispositivo de lei, não mera reinterpretação à luz do contexto dos autos.* (AR 2.638/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, julgado em 25/06/2008, DJe 27/08/2008).
>
> *6. Ação rescisória julgada improcedente.* (AR 4.911/RO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 28/05/2014, DJe 13/06/2014) (g.n.)

Afasto esta preliminar.

Preliminar de não cabimento da rescisória por inovação do pedido

Afirma o Ministério Público que não é caso de rescisória quando objetivar inovação do pedido, como neste caso, em que nas razões da apelação e dos recursos especial e extraordinário interpostos anteriormente não foi alegada a ausência de fundamentação ora questionada.

A preliminar deve ser rejeitada, pois não se exige o esgotamento da matéria para que possa ser ajuizada a ação rescisória, mas apenas que tenha havido o trânsito em julgado da sentença de mérito.

Assim, mesmo que a parte não interponha nenhum recurso contra a sentença de mérito, é permitido que durante o prazo de 2 anos contados do seu trânsito em julgado seja ajuizada a ação rescisória para desconstituir a referida sentença, caso haja a presença de alguns dos requisitos descritos no art. 966 do NCPC.

A propósito essa questão já foi inclusive sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça:

> *Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotado todos os recursos* (Súmula 514/STF).

A doutrina esclarece a questão:

> *Enfim, a violação de qualquer norma jurídica possibilita o ingresso da ação rescisória, com vistas a desconstituir a sentença de mérito transitada em julgado. No particular, cumpre anotar que, contrariamente ao que sucede com os recursos extraordinário e especial, a propositura da ação rescisória por violação a literal disposição de lei não exige o chamado prequestionamento, ou seja, não é necessário que a norma tenha sido expressa ou implicitamente referida na decisão rescindenda.*

A jurisprudência já se posicionou sobre a matéria:

> *PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. ART. 485, V, DO CPC. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE OFENSA. SÚMULA 284/STF. ART. 113 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. CONTRARIEDADE AO ART. 485, II, DO CPC. EXISTÊNCIA. ESGOTAMENTO DAS INSTÂNCIAS RECURSAIS PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA. DESNECESSIDADE. SÚMULA 514/STF. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO.*
>
> *I. Para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional. A exigência tem, como desiderato principal, impedir a condução, a este Tribunal, de questões federais não debatidas no Tribunal a quo, a teor das Súmulas 282/STF, por analogia, e 211/STJ. Hipótese em que a Corte Estadual não emitiu qualquer juízo de valor acerca do art. 113 do CPC, restando ausente seu necessário prequestionamento.*
>
> *II. É deficiente de fundamentação a alegação genérica de afronta ao art. 485, V, do CPC, na medida em que o recorrente não identifica, no especial, qual o dispositivo de lei cujas disposições foram literalmente violadas pela sentença rescindenda. Incidência, por analogia, da Súmula 284/STF.*
>
> *III. Hipótese em que o Tribunal de origem entendeu descabida a Ação Rescisória, ajuizada com fundamento no art. 485, II e V, do CPC, deixando de examinar o seu mérito, por entender que o autor da Rescisória não interpusera Apelação contra a sentença que pretende rescindir.*

> ***IV. O Superior Tribunal de Justiça, na esteira do entendimento consubstanciado na Súmula 514/STF, firmou orientação no sentido da admissibilidade da Ação Rescisória, mesmo que, em face do decisum transitado em julgado, não se tenham exaurado todos os meios processuais de irresignação legalmente previstas. Precedentes.***
>
> *V. Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenham esgotado todos os recursos (Súmula 514/STF).*
>
> *VI. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte provido, a fim de reformar o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, para que este prossiga no julgamento da Ação Rescisória, dando-lhe a solução que entender de direito.* (REsp 1212354/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 22/04/2014, DJe 02/05/2014) (g.n.)

Ademais, nas razões do recurso de apelação, o ora autor alegou a ausência de má-fé na sua conduta, bem como a f. 1.389.

Rejeito, também essa preliminar.

Mérito

A preliminar de impossibilidade de valoração de provas na rescisória deve ser analisada com o mérito, por se confundirem as questões.

Como ensina Pontes de Miranda, a ação rescisória é remédio jurídico processual extraordinário que deve ser manejado dentro das expressas hipóteses legais.

Verifica-se dos autos que o Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública c/c ação de improbidade administrativa em face de Dagoberto Nogueira Filho, Paulo Renato Dolzan, Raufi Antônio Jaccoud Marques, José Ivan de Almeida, Guilherme Gonçalves, Granville e Silva Ltda – ME e Armando Granville de Souza sob a alegação de que o CIOPS – Centro Integrado de Operações de Segurança, instituído com a finalidade de concentrar as ações das Polícias Militar, Civil e Corpo de Bombeiros, utilizou de equipamentos adquiridos da empresa AGS-Segurança sem observância do procedimento legal, caracterizando a prática de atos por improbidade administrativa consubstanciada na violação dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O juiz julgou procedente o pedido, fundamentando seu entendimento na ofensa aos princípios constitucionais, sendo que com relação ao requerido Dagoberto Nogueira Filho, esclareceu:

> *2. Ação de Improbidade Administrativa*
>
> *Igualmente procedentes são as imputações de práticas de atos de improbidade administrativa pelos agentes públicos Dagoberto Nogueira Filho, Paulo Renato Dolzan e José Ivan De Almeida e os beneficiários Granville e Silva LTDA – ME, Armando Granville De Souza. Vejamos.*
>
> *À época dos fatos, já analisados acima e declarados ilegais e imorais, eram agentes públicos os requeridos:*
>
> *2.1 Dagoberto Nogueira Filho, paulo Renato Dolzan, José Ivan de Almeida e Guilherme Gonçalves.*
>
> *Dagoberto Nogueira Filho – secretário de segurança Pública, nomeado em 31.01.2003 (DO n. 5930, de 03.02.2003 – fls. 195-196 dos autos de IC), exonerado em 03.05.2004 (fl. 197-IC)*

O requerido Dagoberto Nogueira Filho, na função de Secretário de Segurança Pública, obviamente tinha o dever de não permitir a prática do ato ilegal, porquanto está dentre suas atribuições estabelecidas no artigo 25 da Lei Estadual n° 2.152/2000:

Art. 25. Compete aos Secretários de Estado, como auxiliares diretos do Governador do Estado, além de outras atribuições que lhes sejam definidas em lei ou regulamento:

I-exercer a coordenação, a orientação e a supervisão dos órgãos e das entidades da administração estadual na área de suas atribuições e referendar os atos e decretos assinados pelo Governador do Estado;

II-expedir instruções para execuções de leis, decretos e regulamentos;

III-autorizar despesas e movimentar as cotas e as transferências financeiras;

(...) (g.n)

Todavia, em informações prestadas nos autos de Inquérito Civil, as fls. 182/184, o requerido justificou a prática ilegal na forma transcrita:

(...) que tenho conhecimento que a central de monitoramento foi adquirida pela Polícia Militar deste Estado, que era a responsável por realizar o monitoramento nos estabelecimentos, sem custo para os usuários,e cada usuário que tivesse interesse em colocar o equipamento em seu estabelecimento, providenciaria, por conta prórpria, com livres escolhas e ligaria no 190 (Polícia Militar) que atenderia o chamado.

(...)

Releva notar que nunca tomei conhecimento de que as empresas ou estabelecimentos que se utilizavam desse serviço o adquiriram empresa de publicidade citada na denúncia, bem como que os usuários pagariam a empresa, a título de taxa de manutenção, qualquer valor, inclusive porque o serviço era público, gratuito e não poderia ser cobrado.

Como se vê, o requerido admitiu que teria conhecimento da prática ilícita, contudo não cumpriu o dever legal de supervisão, omitindo-se, quando deveria levantar a real utilização do serviço policial em interesse privado, como restou comprovado nos autos, em detrimento do interesse público.

Ressalta-se o dever de diligência do requerido Dagoberto na proteção ao eficiente desenvolvimento das atividades do CIOPS, posto que inclusive, foi uma das autoridades que subscreveu o Decreto n. 11.564, de 22.04.2004 que o instituiu (fls. 232/236 dos autos), e em cujas disposições inexiste previsão do afrontoso ato de vinculação à empresa de segurança particular.

(...)

As condutas dos requeridos estão tipificados no artigo 10, XIII, da lei de Improbidade Administrativa, nos seguintes termos:

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:

(...)

XIII- permitir que se utilize, em, obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades. (g,n.)

Emerson Garcia define:

O ato será culposo quando o agente não empregar a atenção ou a diligência exigida, deixando de prever os resultados que adviriam de sua conduta por atuar com negligência, imprudência ou imperícia. Ante o teor da Lei n. 8.429/92, constata-se que apenas os atos que acarretem lesão ao erário (art.10) admitem a forma culposa, pois somente aqui tem-se a previsão de sancionamento para tal elemento volitivo. (g.n.)

O dano ao erário é caracterizado pela compulsória disposição dos policiais por meio da vinculação da empresa requerida ao CIOPS para atender preferencialmente os clientes daquela, de forma que a empresa utilizava-se da mão-de-obra dos agentes públicos, pagos pelo patrimônio público, como se fossem seus empregados, em prejuízo ao princípio da supremacia do interesse público.

(...)

Isto posto, caracterizadas as condutas ímprobas praticadas pelos requeridos Dagoberto Nogueira Filho, Paulo Renato Dolzan, José Ivan De Almeida, Guilherme Gonçalves, Granville e Silva LTDA – ME, Arnaldo Granville De Souza, devem responder pelos ilícitos, na forma do artigo 12, II, da Lei de improbidade administrativa;

Art. 12.Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

(...)

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;

(...)

Aos requeridos Dagoberto Nogueira Filho, Paulo Renato Dolzan, José Ivan De Almeida e Guilherme Gonçalves, aplico a penalidade de ressarcimento do dano, na parte que pode ser avaliado, qual seja, o valor pago pelo equipamento, no importe de R$ 2.200,00 (dois mil e duzentos reais) (fl. 159 destes autos), aplicada correção monetária, juros de mora de 0,5% ao mês e remuneratórios de 12% ao ano, a partir da propositura da ação, devendo o valor apurado ser dividido em partes iguais entre os requeridos.

Certamente que os danos decorrentes da disposição preferencial dos servidores públicos policiais, integrantes do patrimônio público, não pode ser mensurado, razão pela qual, aplico multa civil no importe de duas vezes o valor do dano supramencionado, ou seja, R$ 4.400,00 (quatro mil e quatrocentos) para cada um, devendo ser atualizado mediante a aplicação da correção monetária, juros de mora de 0,5% ao mês e remuneratórios de 12% ao ano, a partir da propositura da ação. (f. 655, 656, 657, 661, 662*)*

Conforme já esclarecido acima, contra essa sentença o ora autor, Dagoberto Nogueira Filho, interpôs recurso de apelação que não foi conhecido por este Tribunal de Justiça diante da deserção e, em seguida, interpôs recurso especial, o qual também teve o seguimento negado.

Após o trânsito em julgado da sentença, a presente ação rescisória foi ajuizada, a fim de que o pedido seja julgado procedente, com a rescisão de parte da sentença proferida na ação de improbidade administrativa para afastar a configuração da prática de atos de improbidade administrativa do autor por ausência de fundamentação quanto à existência de dolo, o que caracteriza violação à literal disposição de lei, descrito no art. 485, V, do CPC/73.

Sobre as hipóteses de cabimento da ação rescisória, Fredie Didier Júnior[2], ao explanar sobre a violação à literal disposição de lei esclarece:

> *A ação rescisória, pelo menos quando fundada no inciso V do art. 485 do CPC, constitui mecanismo, de estrito direito, destinado ao controle de decisão de mérito transitada em julgado. Em outras palavras, na ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 do CPC não se permite o reexame de fatos ou de provas. Esse, aliás, o sentido do verbeten. 410 da súmula do TST: A ação rescisória calacada em violação de lei não admite reexame de fatos e provas do processo que originou a decisão rescindenda.*
>
> *Já se viu que a ação rescisória, quando fundada no inciso V do art. 485 do CPC, somente se afigura cabível, se a questão for direito. Em se tratando de questão de fato, não se permite o manejo da ação rescisória, sob pena de se transformá-la em recurso ordinário, com dilatado prazo de interposição.*
>
> *(...)*
>
> *Tradicionalmente, entende-se que violar literal disposição de lei equivale a conferir-lhe uma interpretação equivocada de maneira aberrante, evidente que salta aos olhos, não havendo tal violação literal, se a interpretação for razoável ou se havia, à época da decisão rescindenda, polêmica ou divergência jurisprudencial. Sob essa perspectiva, foi editado o enunciado n. 343 da súmula do STF, de cujo teor se extrai a seguinte dicção: Não cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.*
>
> *Esse verbete sumular contém o mesmo fundamento que inspirou o enunciado 400 da súmula do STF, de seguinte teor: Decisão que deu razoável interpretação à lei, ainda que não seja a melhor, não autoriza recurso extraordinário pela letra 'a' do art. 101, III, da Constituição Federal.*

Pois bem, neste caso o autor alega ausência de fundamentação, por não ter sido demonstrado o elemento subjetivo dolo ou culpa.

Realmente, a ação rescisória não serve para analisar provas, conforme entendimento jurisprudencial e doutrinário.

Acontece que aqui não se busca a reapreciação de provas, ou seja, saber se a conduta do autor foi praticada com dolo ou má-fé, haja vista que na inicial apenas se questiona a ausência de fundamentação quanto ao elemento subjetivo, o que é imprescindível para a aplicação da penalidade.

Pelo menos nesse primeiro momento do julgamento da ação rescisória, em que se faz o *iudicium rescindens*, no qual se verifica se deve ou não ser desconstituída a coisa julgada, não existe análise de

2 OP. CIT p. 403-405

provas no caso *sub judicie* e, somente depois, caso se decida pela desconstituição da coisa julga é que se promove um novo julgamento da causa.

Ao analisar o teor da sentença rescindenda, constata-se que o juiz *a quo* deixou de fundamentar sua decisão quanto à pratica individualizada do ato de improbidade por parte do autor com a caracterização do dolo ou má-fé.

A pena ao autor foi embasada no art. 10, inciso XIII, da Lei n. 8.429/92:

> *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:*
>
> *(...)*
>
> *XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1° desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.*

Ao examinar a sentença, constata-se que o magistrado não especificou subjetivamente a atitude dolosa ou com culpa grave do ora autor, a fim de justificar a aplicação da penalidade.

Mencionou-se apenas os fatos ocorridos, sem especificar qual a vantagem auferida pelo ora autor, sua intenção dolosa de praticar o ato, ou, ainda, em que residiria a culpa, a fim de justificar a presença do elemento subjetivo, pois o simples fato de ter sido o autor omisso no desempenho do cargo de secretário não é suficiente para caracterizar a prática de ato ímprobo, havendo a necessidade de demonstrar onde residiu a sua intenção desleal.

Essas peculiaridades essenciais para descrever a atuação ímproba do administrador público é que faltou na sentença, qualificando-a como infundada.

Apresenta-se como preceito constitucional a fundamentação de todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, conforme se extrai do art. 93, IX, da constituição Federal:

> *Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:*
>
> *(...)*
>
> *IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;*

Assim, entendo que realmente houve ausência de questionamento e fundamentação da existência de dolo ou culpa por parte do autor na prática do ato descrito na ação civil pública, pois o magistrado *a quo* apenas relatou de forma genérica a atitude dolosa e culposa dos requeridos, sem especificar no que consiste a intenção dolosa ou culposa do requerido Dagoberto Nogueira Filho, o que tipifica violação manifesta de ordem jurídica, impondo a rescisão da sentença no capítulo referente ao ora autor.

A propósito, em caso análogo este Tribunal de Justiça já decidiu:

> *EMENTA- AÇÃO RESCISÓRIA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA POR ESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA - CONDENAÇÃO EM TODAS AS PENALIDADES PREVISTAS PELA LEI 8429/92 - ATO ÍMPROBO IMPUTADO COMO SUBSUMIDO AO ARTIGO 9º, IV, DA LEI 8.429/92 - CONFIGURAÇÃO QUE EXIGE A INVESTIGAÇÃO DO DOLO OU DA MÁ-FÉ DA CONDUTA DO AGENTE - INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO A ESSE ELEMENTO, BEM ASSIM COMO QUANTO À APLICAÇÃO DAS SANÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO 12, I, DA LEI 8.429/92, QUE DEVE SE PAUTAR NA OBSERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DOS ARTIGOS 37, § 4º E 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGO 12, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8.429/92 - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 485, V. DO CPC - PEDIDO RESCISÓRIO JULGADO PROCEDENTE.*
>
> ***1.Para que o pedido rescisório fundado no artigo 485, V, do CPC, seja julgado procedente, é necessário que a violação à literal disposição de lei seja direta, entendida no sentido de ser a decisão adotada contra a literalidade da norma jurídica, e não deduzida a partir de interpretações possíveis, restritivas ou extensivas, ou mesmo por integração analógica, ex vi, inclusive, da Súmula 343 do STF, que estabelece que não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.***
>
> *2. Em se tratando, contudo, de violação à literal disposição da Constituição Federal (no caso, artigos 37, § 4º e 93, IX), não é aplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal nas ações rescisórias versando sobre matéria constitucional, como já vem sendo iterativamente decidido pelo Supremo Tribunal Federal* (Edcl no AgRg no RE 328.812/AM, Rel. Min. Gilmar Mendes e AR 1.527-RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).
>
> *3.Havendo, na Lei 8.492/92 (Lei de Improbidade Administrativa), a previsão de sanções que podem ser aplicadas alternativa ou cumulativamente e em dosagens variadas, é indispensável, sob pena de nulidade.* (Ação Rescisória n. 0002132-06.2012.8.12.0000, Rel. Des. Dorival Renato Pavan, Data do julgamento: 08/10/2012) (g.n.)

Ainda sobre a questão, Daniel Amorim Assumpção Neves[3], esclarece:

> *Não é qualquer violação da lei que admite o ingresso da ação rescisória, entendendo a melhor doutrina e jurisprudência que a literal violação exige que no momento de aplicação da norma por meio da decisão judicial não exista interpretação controvertida nos tribunais. Há inclusive súmula nesse sentido. Significa dizer que, se havia polêmica à época da prolação da decisão, ainda que à época da ação rescisória o entendimento tenha se pacificado em torno da tese defendida pelo autor dessa ação, não será possível a desconstituição. Note-se que a divergência deve ser real, ou seja, que efetivamente haja quantidade significativa de decisões fundadas em diferentes interpretações.*

No caso é pacífica a necessidade de comprovação do dolo ou da má-fé para justificar a prática de atos de improbidade administrativa:

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. PRÁTICA DE ATO VIOLADOR DE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ARTIGO 11 DA LEI 8429/92.RECONHECIMENTO DE DOLO GENÉRICO. PENALIDADE APLICADA. PROPORCIONALIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.*

3 Daniel Amorim Assumpção Neves *in* **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único, 8ª Edição, p.1.375

1. 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.

2. 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.

3. Na hipótese dos autos, o Tribunal a quo, embora tenha consignado que era prescindível a demonstração de dolo ou culpa do agente, reconheceu expressamente ser flagrante a inobservância da regra de provimento dos cargos públicos por meio de concurso público, conforme previsto na Carta Magna, deve ser reconhecida a ilegalidade na contratação, daí porque não há que se falar na inexistência do elemento doloso.

4. No que concerne à apontada violação ao art. 12 da Lei 8429/92, a análise da pretensão recursal no sentido de que sanções aplicadas não observaram os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com a consequente reversão do entendimento manifestado pelo Tribunal de origem, exige o reexame de matéria fático-probatória dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1500812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 28/05/2015) (g.n.)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.EX-PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PAULA CÂNDIDO/MG. (I) OFENSA AO ART.535, I E II DO CPC. INOCORRÊNCIA. (II) ALEGADO DESAPARECIMENTO DE UM TUBULÃO E DE TRÊS VIGAS AFASTADO PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM.PREJUÍZO AO ERÁRIO NÃO CONSTATADO. (III) SENTENÇA E ACÓRDÃO DE APELAÇÃO QUE CONCLUÍRAM PELA INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO DOLOSO OU CULPOSO NA CONDUTA DO AGENTE PÚBLICO QUE JUSTIFIQUE O AMOLDAMENTO DA CONDUTA NOS ARTS. 10 OU 11 DA LEI 8.429/92. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A preliminar de nulidade do acórdão vergastado, por suposta violação ao art. 535, I e II, do CPC, somente tem guarida quando o julgado se omite na apreciação de questões de fato e de direito relevantes para a causa - alegadas pelas partes ou apreciáveis de ofício - o que não ocorreu no caso concreto.

2. Para a configuração dos atos de improbidade ora em exame, há necessidade de haver o preenchimento dos seguintes requisitos: (a) conduta ilícita; (b) improbidade do ato, configurada pela tipicidade do comportamento, ajustado nos arts. 10 ou 11 da LIA; (c) elemento volitivo, consubstanciado no dolo específico de cometer a ilicitude e causar prejuízo ao Erário - admitindo-se, excepcionalmente, a modalidade culposa no art. 10; (d) dano efetivo ao ente estatal (art. 10 da LIA), sendo dispensado de comprovação, caso a conduta seja enquadrada no art. 11 da Lei mencionada, que exige tão somente ofensa aos princípios da Administração Pública.

3. In casu, pugna a parte agravante pela condenação do agravado nos tipos previstos nos arts. 10 e 11 da Lei de Improbidade, sob o argumento de ter sido negligente quanto à conservação do patrimônio público, arguindo, nessa seara, que houve a destruição de um bueiro e o abandono de três vigas numa mata, materiais estes que estavam sob a responsabilidade do ex-Prefeito do Município de Paula Cândido/MG.

> *4. No tocante ao enquadramento do ato no art. 10 da Lei de Improbidade, tanto a Sentença quanto o acórdão recorrido constataram não restar comprovado dano efetivo ao Erário, uma vez que as três vigas encontram-se em poder da Prefeitura, prontas para serem aplicadas em outra obra pública, e o tubulão já foi utilizado para outra construção no Município.*
>
> *5. Ademais, o Magistrado e o Tribunal de origem consignaram expressamente a inexistência de dolo, má-fé ou culpa grave na conduta do Agente, o que torna inviável a condenação do agravado nos tipos ímprobos ora em exame.*
>
> *6. Agravo Regimental desprovido.* (AgRg no REsp 1325577/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 04/09/2014, DJe 17/09/2014)(g.n.)

Não havendo, portanto, interpretação duvidosa quanto à imprescindibilidade da comprovação do dolo ou má-fé para caracterizar o ato de improbidade administrativa, somando-se ao fato de que a sentença rescindenda foi omissa nesse sentido, impõe-se a rescisão da referida sentença em juízo rescindendo.

Assim, passa-se ao *iudicium rescisorium,* no qual promove-se novo julgamento da causa, para julgar procedente ou improcedente o pedido feito na ação civil pública quanto ao réu Dagoberto Nogueira Filho.

A controvérsia neste caso cinge-se à violação ao art. 10, XIII, da Lei de Improbidade Administrativa, por falta de diligência do ora autor quando atuou como Secretário de Segurança Pública permitindo que fossem praticados atos ilegais, com relação a aquisição de equipamentos adquiridos sem licitação para ser utilizado no CIOPS – Centro Integrado de Operações de Segurança.

A ilegalidade da conduta do agente público no exercício da função pública é pressuposto relevante para caracterizar o referido ato de improbidade administrativa. A conduta do agente deve violar uma norma jurídica. O fato de provocar prejuízo ao erário observando a legalidade, o direito, não há que se falar em prática de ato de improbidade administrativa.

Além dos requisitos mencionados para configurar o ato de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, a responsabilidade subjetiva do agente público que causou dano material, é condição indispensável. Faz-se necessário, de acordo como a previsão do artigo em estudo, que a ação ou omissão decorra de dolo ou culpa, conforme estabelece, pois sem esses elementos, segundo previsão da lei não há que se cogitar a incidência de ato de improbidade administrativa com resultado danoso ao erário.

Conforme a previsão da Lei de Improbidade Administrativa, o descumprimento inescusável do dever de ofício do agente público, que proporciona dano ao erário, visto que este não agiu com atenção e diligência necessária constitui ato de improbidade administrativa. Nesse âmbito, para caracterizar improbidade administrativa é indispensável, a existência de má-fé, ou seja, a intenção do agente público em lesar o erário.

E é justamente o que falta na conduta do autor, a ma-fé, ou a intenção de causar prejuízo ao erário ou auferir vantagem indevida, pois este como Secretário de Segurança agiu com a intenção de solucionar o problema de assaltos em índices altos que ocorreriam em determinados estabelecimentos na época, conforme se constata da sua declaração no procedimento de investigação preliminar n. 034/2004:

> *Como a Polícia Militar não conseguia, por falta de estrutura, atender toda a população da cidade, foi autorizada a utilização do equipamento apenas nos estabelecimentos que sofriam altos índices de assaltos, tanto é veradade que diminuíram, sensivelmente, os índices de assaltos em postos de gasolina, supermercados e restaurantes.* (f. 283)

Em seguida, o autor ainda informa que não teve conhecimento de que os aparelhos de segurança eram adquiridos apenas da empresa citada na denúncia e que os usuários pagariam taxa de manutenção, pois nas reuniões que fizeram com as empresas deixou assente que:

> *Importante ainda dizer que todas as vezes que tratei do assunto em reuniões com Sindicato ou Associações, sempre manifestei no sentido que poderiam adquirir livremente o equipamento, sem qualquer direcionamento, com liberdade de escolha, e mais, quando me reuni com Associação das Empresas de Monitoramento, garanti que seriam instalados em poucos estabelecimentos, apenas para reduzir e conter os altos índices de assaltos.* (f. 284)

Ora, dessa forma, não há como atribuir ao ora autor a prática de ato por improbidade pela modalidade dolosa ou culposa, pois não teve em nenhum momento a intenção de prejudicar a Administração Pública ou terceiros, nem mesmo ficou provado que tenha obtido qualquer tipo de vantagem como a autorização da instalação de monitoramento em algumas empresas da capital.

Sabe-se que a má-fé não se presume, necessita de prova e, no caso, há prova inversa, pois apenas ficou demonstrado o zelo e dedicação do então secretário em atender a população com medidas que diminuíssem o índice de assaltos a determinados seguimentos do comércio.

A propósito, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, o legislador não buscou punir o administrador inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele que age com a intenção de prejudicar o erário ou de auferir vantagem, *in verbis*:

> *IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. INSTÂNCIA ORDINÁRIA. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1.Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público estadual contra a ora recorrente, Presidente da Associação de Caridade Nossa Senhora da Conceição, objetivando a condenação pela prática de ato ímprobo, consistente em deixar de atender às requisições do Parquet estadual.*
>
> *2. O Juiz de 1º Grau julgou procedentes os pedidos.*
>
> *3. O Tribunal a quo negou provimento à Apelação da ora recorrente e assim consignou: Nestes termos, diante da reiterada e injustificada recusa da Srª Lívia de Almeida Carvalho, representante legal da Associação, em atender as requisições do Ministério Público, deixando, destarte, de apresentar os documentos requeridos e necessários à apuração da ocorrência de eventuais irregularidades no patrimônio daquela instituição, agiu, a demandada, em afronta aos princípios constitucionais regentes da atividade pública, enquadrando-se, portanto, tal conduta, nos atos de improbidade previstos no artigo 11, II da Lei nº 8.429/1992, por ter deixado de praticar, indevidamente, ato de ofício. (...) No caso dos autos, o não atendimento, de forma reiterada, às requisições emanadas pelo Ministério Público, mesmo tendo conhecimento do conteúdo das mesmas, configura-se o dolo necessário à condenação. (fls. 84-85, grifo acrescentado).*
>
> *4. O entendimento do STJ é no sentido de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10.*
>
> *5. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não necessita ser específico, sendo suficiente o dolo genérico.*

> ***6. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé.***
>
> *7.Precedentes: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2015, REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2015, AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5/3/2015, AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/8/2014.*
>
> *(...)*
>
> *11. Agravo Regimental não provido.* (AgRg no AREsp 654.406/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 04/02/2016) (g.n.)

Nesses termos, considerando que não ficou demonstrada a intenção do autor em lesar o patrimônio público, causar prejuízo a terceiro ou mesmo auferir vantagem para si ou para outrem, deve-se afastar a condenação pela prática de atos de improbidade administrativa imposta na sentença rescindenda.

Posto isso, rejeito as preliminares e julgo procedente o pedido para rescindir parte da sentença proferida na ação civil pública n. 0022759-38.2006.8.12.0001, por violar manifestamente norma jurídica, nos termos do art. 966, V, do NCPC e julgo improcedente o pedido feito na ação civil pública quanto a condenação do requerido Dagoberto Nogueira Filho, diante da ausência de demonstração de dolo ou culpa grave no ato praticado enquanto Secretário de Segurança.

Nos termos do art. 487, I, do NCPC, extingo com resolução do mérito a ação rescisória, determinando a restituição do depósito inicial ao autor.

Por fim, condeno os réus ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o proveito econômico do autor, nos termos do art. 85, § 3.º, I, NCPC.

Conclusão de julgamento adiado para a próxima sessão em face do pedido de vista formulado pelo revisor, após o relator rejeitar a preliminar e, no mérito, julgar procedente a ação rescisória.

VOTO (EM 02.05.2016)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Revisor)

Dagoberto Nogueira Filho ajuizou ação rescisória contra o Estado de Mato Grosso do Sul e o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando rescindir parte da sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública n. 0022759-38.2006.8.12.0001, que lhe condenou pela prática de atos de improbidade administrativa, alegando violação literal de dispositivo de lei.

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul apresentou contestação arguindo preliminares de não conhecimento da rescisória por ausência de comprovação do trânsito em julgado da sentença; de não cabimento da rescisória por inovação do pedido, considerando que nas razões da apelação e do recurso especial e extraordinário interpostos anteriormente não foi alegada a ausência de fundamentação questionada nesta rescisória.

Ainda, em preliminar, argui a impossibilidade de discussão da valoração das provas e também a incompetência deste Tribunal de Justiça para processar e julgar a ação, diante da substitutividade da decisão pelos Tribunais Superiores. No mérito, pugna pela improcedência do pedido inicial.

O Estado de Mato Grosso do Sul, por sua vez, também apresentou contestação e suscita preliminar de incompetência deste Tribunal de Justiça para processar e julgar a presente ação.

Quanto ao mérito, manifesta-se pela improcedência do pedido, vez que, da fundamentação da sentença, *"extrai-se que o ora requerente agiu culposamente, em conduta omissiva de que, mesmo conhecedor dos fatos, não cumpriu com seu dever legal de supervisão. Sendo assim, todos os fatos importantes, com possível influência no resultado do julgamento, foram analisados e apreciados nos autos da ação civil pública originários"* (f. 1979).

Assevera ainda que o autor busca apenas rediscutir a apreciação de fatos e provas para rever a condenação imposta na sentença rescindenda.

A Procuradoria-Geral de Justiça ratifica a contestação apresentada pelo Ministério Público (f. 1988).

O relator, Desembargador Divoncir Schreiner Maran, rejeitou as preliminares e, no mérito, julgou procedente a presente ação rescisória.

Pedi vista dos autos para melhor análise da questão posta em julgamento.

Em primeiro lugar, analiso as preliminares suscitadas por ordem de prejudicialidade.

Preliminar de não conhecimento da ação rescisória por ausência de comprovação do trânsito em julgado da sentença rescindenda.

O Ministério Público argui preliminar de não conhecimento da ação por ausência de comprovação do trânsito em julgado da sentença a ser rescindida e, ainda, que os documentos foram juntados após a propositura da ação.

Razão não assiste ao *parquet.*

Com efeito, no que se refere à data em que os documentos foram juntados, observo, de fato, consoante afirmou o voto do relator, que a petição inicial foi autuada em 3.9.2015 e distribuída no dia 8.9.2015, sendo que foi proferido despacho determinando a citação dos réus no dia 10.9.2015.

Acontece que no dia 9.9.2015, ou seja, antes da citação, o autor protocolou petição requerendo a juntada dos demais documentos, sob o fundamento de que no momento do ajuizamento da ação excedeu o limite suportado pelo sistema SAJ (f. 689).

Dessa forma, os demais documentos foram juntados antes do despacho inicial, o que, portanto, torna possível a manutenção dos mesmos nos autos, até porque é sabido que o sistema não comporta a juntada de uma única vez de grande quantidade de documentos.

Assim, resta evidente que o fato de os documentos terem sido juntados após a autuação e antes do despacho inicial não é suficiente para caracterizar nulidade para determinar a extinção da ação sem julgamento do mérito, até por que o relator deve antes de extinguir o feito proporcionar ao autor a possibilidade de emendar a inicial.

Da mesma forma, não tem razão o Ministério Público ao afirmar a ausência de comprovação do trânsito em julgado da sentença rescindenda, pois à f. 1.029 dos autos consta a certidão de trânsito em julgado do agravo regimental no recurso extraordinário, ocorrido no dia 25.2.2014.

Quanto ao Recurso Especial, à f. 1.001, foi juntada cópia da decisão que declarou deserto os embargos de divergência interpostos no REsp n. 1.229.847 – MS, o qual transitou em julgado no dia 9.4.2013, conforme consta da certidão de f. 1.005.

Por tais razões, rejeito a preliminar de ausência de comprovação do trânsito em julgado da sentença rescindenda.

Preliminar de incompetência

De pronto, rejeito a preliminar epigrafada, porquanto o autor pretende a rescisão da sentença proferida em primeiro grau que o condenou à prática de atos de improbidade administrativa, a qual não foi substituída pelos acórdãos proferidos nos recursos especial e extraordinários interpostos.

Friso, por necessário, que, apesar de o autor ter interposto recurso de apelação para este Tribunal de Justiça, seu recurso não foi conhecido por deserção.

Em seguida, interpôs Recurso Especial, no qual não houve apreciação da questão de mérito, apenas se absteve em afirmar a obrigatoriedade de preparo nas apelações interpostas contra sentença proferida em ação civil pública e sobre a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público, fls. 847 e 857.

Vja-se, a propósito, trecho do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do Resp n. 1229847/MS (2010/0225089-9):

> *3. RECURSO ESPECIAL DE DAGOBERTO NOGUEIRA FILHO 3.a Deserção. Violação do art. 18 da lei nº 7.347/1985 Sobre esta questão, aplico o mesmo entendimento adotado acima ao enfrentar o recurso de Paulo Renato Dolzan, rejeitando a afronta do dispositivo de lei federal. 3.b Ilegitimidade ativa do Ministério Público (31º Promotor de Justiça da Capital) Nessa parte, à semelhança do que ocorreu com o réu José Ivan de Almeida, o ora recorrente não impugnou a motivação do acórdão, relativamente à propositura da ação durante o período de vigência da liminar concedida na ação direta de inconstitucionalidade. Limitou-se a invocar o julgado do Supremo Tribunal Federal, sem nem mesmo efetuar o necessário confronto analítico. Com isso, nem mesmo se pode examinar, aqui, a apontada contrariedade ao art. 267, inciso VI, § 3º, do Código de Processo Civil. Incidência da Súmula 283/STF. Com efeito, o recurso especial deste recorrente merece ser conhecido em parte e não provido.*

Houve também a interposição de recursos extraordinários pelos réus Guilherme Gonçalves e José Ivan de Almeida, os quais deixaram de ser conhecidos por pretenderem os recorrentes a simples revisão de provas (f. 1004).

Como se vê, não houve a substitutividade da sentença quanto ao ora autor, Dagoberto Nogueira Filho, pois a questão da presença ou não dos requisitos para a sua condenação pela prática de atos de improbidade não foram objeto de discussão nos Tribunais.

Logo, não há falar em incompetência para processar e julgar a presente ação rescisória, razão pela qual também afasto a preliminar.

Preliminar de não conhecimento da rescisória por inovação do pedido.

Afirma o Ministério Público Estadual que não é caso de ajuizamento de ação rescisória quando ocorre inovação do pedido, o que, segundo afirma, é o que se dá no caso presente, isto porque nas razões da apelação e nas dos recursos especial e extraordinário interpostos anteriormente não foi alegada a ausência de fundamentação ora questionada.

A preliminar deve ser rejeitada, porquanto não se exige o esgotamento da matéria para que possa ser ajuizada a ação rescisória, mas apenas que tenha havido o trânsito em julgado da sentença de mérito.

Assim, rejeito a preliminar.

Preliminar de impossibilidade de discussão de valoração das provas.

Verifica-se, com efeito, que o fundamento da prefacial confunde-se com a análise do objeto da ação rescisória, ou seja, com o mérito da demanda, razão pela qual com este será analisada.

Dito isso, no mérito, entendo que não assiste razão ao autor.

A presente ação rescisória, portanto, deve ser julgada improcedente.

Com efeito, ajuizou o requerente a presente ação rescisória em face do Ministério Público Estadual e do Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando a obliteração de parte da sentença proferida na ação originária, já transitada em julgado, que lhe condenou por ato de improbidade administrativa com alicerce no art. 10, inciso XIII, da Lei Federal n. 8.429/92 (LIA).

Nos autos originários, o Ministério Público Estadual ingressou com ação civil pública contra o requerente, argumentando que este, enquanto ocupava cargo de Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública, teria cometido improbidade administrativa ao vincular o monitoramento eletrônico do CIOPS (Centro Integrado de Operações de Segurança) a uma pessoa jurídica de direito privado, sem que presente prévia licitação.

O juízo de origem, ao proferir sentença, julgou totalmente procedente o pedido formulado pelo *parquet*. Sua fundamentação, quanto ao ora requerente, foi de que a conduta se enquadrava na figura emoldurada no art. 10, inc. XIII, da LIA, vez que teria agido com culpa pela inobservância de seus deveres na condição de Secretário de Estado, eis que permitiu, mesmo tendo conhecimento da prática ilícita, que fosse dada continuidade à mesma.

Por tais motivos, foram-lhes aplicadas as sanções de ressarcimento do dano, com o pagamento de multa civil no importe de duas vezes o valor do dano.

Inconformado, o ora requerente interpôs recurso de apelação, o qual foi julgado deserto, tendo o acórdão daí resultante sido mantido em sede de recurso especial.

Após o trânsito em julgado, como relatado alhures, o autor ajuizou a presente ação rescisória, informando a ocorrência de violação literal (art. 485, inciso. V, do CPC) do art. 10, inciso XIII, da Lei Federal n. 8.429/92; do art. 131 do CPC; e art. 93, inciso IX, da CF/88, isto porque, segundo alega, não teria havido fundamentação para indigitar a presença de culpa, dolo ou má-fé na conduta que lhe foi imputada.

Razão, no entanto, não lhe assiste.

No caso, contrário ao entendimento adotado pelo relator, observo que não foram alcançados os requisitos necessários para o processamento da ação rescisória, estabelecidos pelo art. 485[4] do CPC.

A argumentação do requerente, naquilo que diz respeito à ausência de fundamentação quanto à verificação de culpa grave, dolo ou má-fé de sua parte em relação ao ato sindicado na ação primitiva, não merece prosperar.

Ora, da atenta análise da sentença rescindenda, verifico que o magistrado fundamentou não somente a conduta da improbidade administrativa praticada pelo ora autor, mas também a presença de culpa, caracterizada na omissão do requerente de nada ter feito quanto à improbidade perpetrada.

Nesse sentido, extrai-se da referida decisão que:

> *O requerido Dagoberto Nogueira Filho, na função de Secretário de Segurança Pública,* ***obviamente tinha o dever de não permitir a prática do ato ilegal, porquanto está dentre suas atribuições estabelecidas no artigo 25 da Lei Estadual n° 2.152/2000:***
>
> *Art. 25. Compete aos Secretários de Estado, como auxiliares diretos do Governador do Estado, além de outras atribuições que lhes sejam definidas em lei ou regulamento:*
>
> *I exercer a coordenação, a orientação e a supervisão dos órgãos e das entidades da administração estadual na área de suas atribuições e referendar os atos e decretos assinados pelo Governador do Estado;*
>
> *II expedir instruções para execuções de leis, decretos e regulamentos;*
>
> *III autorizar despesas e movimentar as cotas e as transferências financeiras*
>
> *Todavia, em informações prestadas nos autos de Inquérito Civil, as fls. 182/184, o requerido justificou a prática ilegal na forma transcrita:*
>
> ***(...) que tenho conhecimento que a central de monitoramento foi adquirida pela Polícia Militar deste Estado, que era a responsável por realizar o monitoramento nos estabelecimentos, sem custo para os usuários, e cada usuário que tivesse interesse em colocar o equipamento em seu estabelecimento, providenciaria, por conta própria, com livres escolhas e ligaria no 190 (Polícia Militar) que atenderia o chamado.***
>
> *(...) Releva notar que nunca tomei conhecimento de que as empresas ou estabelecimentos que se utilizavam desse serviço o adquiriram empresa de publicidade citada na denúncia, bem como que os usuários pagariam a empresa, a título de taxa de manutenção, qualquer valor, inclusive porque o serviço era público, gratuito e não poderia ser cobrado*

4 Art. 485 A sentença de mérito, transitada em julgado pode ser rescindida quando:
I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;
III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
IV - ofender a coisa julgada;
V - violar literal disposição de lei;
Vl - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;
Vll - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de Ihe assegurar pronunciamento favorável;
VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;
IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

> ***Como se vê, o requerido admitiu que teria conhecimento da prática ilícita, contudo não cumpriu o dever legal de supervisão, omitindo-se, quando deveria levantar a real utilização do serviço policial em interesse privado, como restou comprovado nos autos, em detrimento do interesse público.***
>
> ***Ressalta-se o dever de diligência do requerido Dagoberto na proteção ao eficiente desenvolvimento das atividades do CIOPS, posto que inclusive, foi uma das autoridades que subscreveu o Decreto n. 11.564, de 22.04.2004 que o instituiu (fls. 232/236 dos autos), e em cujas disposições inexiste previsão do afrontoso ato de vinculação à empresa de segurança particular***.
>
> *(...) As condutas dos requeridos estão tipificadas no art. 10, XIII, da Lei de Improbidade Administrativa, nos seguintes termos:*
>
> *Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação, omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidadas referidas no art. 1° desta lei, e notadamente:*
>
> *(...) XIII permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencinadas no art. 1° desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.* (destaquei)

A suprareferida sentença foi atacada por apelação do ora autor, a qual, contudo, não restou conhecida por ser manifestamente deserta. O acórdão daí resultante, por sua vez, restou atacado por recurso especial do requerente, tendo sido conhecido, porém improvido, tudo como já narrado anteriormente.

Da leitura da decisão supra, extrai-se que a mesma acabou por manter-se integralmente hígida contra o ora requerente, visto que nenhum recurso posterior contra ela interposto foi provido, não havendo falar, portanto, em nenhuma violação literal à disposição de lei, mormente das normas elencadas na inicial.

Ao contrário, o que se constata na sentença rescindenda é a análise da conduta do então requerido de forma individualizada, estabelecendo sua responsabilidade pelo ato de improbidade administrativa, calcada na sua omissão, a qual, segundo o julgador, consubstanciou-se em culpa grave, pela inobservância do dever que o cargo que naquele momento ocupava lhe impunha.

Ora, da fundamentação exarada na sentença hostilizada, extrai-se que a questão aqui levantada, ou seja, se o autor agiu com culpa ou não, foi solucionada daquela feita. Assim, todos os fatos importantes, tais como a possível influência do então Secretário de Estado no resultado do julgamento, foram analisados e apreciados nos autos da ação civil pública originários. Não há, portanto, como reapreciá-los em sede de ação rescisória.

Vê-se que o julgado que o autor objetiva rescindir, em verdade, reverenciou a jurisprudência assente do STJ acerca da matéria:

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. PRÁTICA DE ATO VIOLADOR DE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. ARTIGO 11 DA LEI 8429/92. RECONHECIMENTO DE DOLO GENÉRICO. PENALIDADE APLICADA. PROPORCIONALIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO E PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.*

1. 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.(...)[5].

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO NAS RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL. VIA INADEQUADA. ART. 288 DO RISTJ. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, IX, DA LEI 8.429/1992. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ERROR IN PROCEDENDO. OCORRÊNCIA. PENALIDADE APLICADA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.

(...)

4. Não obstante, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, caracterizar do elemento subjetivo.

No caso do artigo 10 da Lei 8.429/1992, para a sua consumação, é necessário se perquirir quanto ao dolo ou a culpa.

5. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé; e por isso, necessário o dolo genérico na conduta do agente e, no caso de dano ao erário, dolo ou culpa.

6. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a improbidade é o ato ilegal qualificado pelo elemento subjetivo do agente, sendo indispensável a correta identificação do dolo quando caracterizadas condutas tipificadas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou pelo menos eivadas de culpa grave, nas hipóteses do artigo 10 da lei. Cito precedentes: REsp 939.118/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15.2.2011, DJe 1º.3.2011; AgRg no Resp 1.125.634/MA, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeir Turma, julgado em 16.12.2010, DJe 2.2.2011; EREsp 479.812/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 25.8.2010, DJe 27.9.2010; REsp 758.639/PB, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 28.3.2006, DJ 15.5.2006 (...)[6].

Dito isso, extrai-se que o autêntico intento do autor é a rediscussão da matéria já decidida, utilizando a ação rescisória como verdadeira instância revisional. Verifica-se claramente que se trata de mero inconformismo da parte requerente com o desfecho que lhe foi desfavorável, guardando intenção tão só de rediscutir as questões de fato e de direito já solucionadas, o que fere os requisitos de postulação da presente ação.

Por tais motivos, não vislumbro a ocorrência de quaisquer hipóteses que autorizam o processamento da ação rescisória, como sobejamente demonstrado. Destarte, deve a presente ação ser julgada integralmente improcedente.

Ante o exposto, não se configurando juridicamente a alegada existência de violação à literal dispositivo de lei, com o parecer, julgo improcedente o pedido demandado nesta ação rescisória, extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, I, do CPC/2015, oportunidade em que condeno o autor nos ônus sucumbenciais e honorários advocatícios, que fixo em R$ 3.000,00, com espeque no artigo 85, § 2° do CPC/2015.

5 STJ, AgRg no REsp 1500812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 28/05/2015

6 REsp 758.639/PB, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 28.3.2006, DJ 15.5.2006

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão em face do pedido de vista formulado pelo 1º vogal, após, por unanimidade, rejeitarem as preliminares e, no mérito, o relator julgar procedente a ação rescisória e o revisor julgá-la improcedente. Os demais aguardam.

VOTO (EM 06.06.2016)

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

Sr. Presidente, pedi vista para analisar com mais cuidado os autos quanto ao mérito e, apresentando escusas ao nobre revisor, embora por fundamento diverso, acompanho o Relator.

Trata-se de ação rescisória proposta por Dagoberto Nogueira Filho contra o Estado de Mato Grosso do Sul e o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando rescindir parte da sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública n. 0022759-38.2006.8.12.0001, que lhe condenou pela prática de atos de improbidade administrativa, com fulcro no art. 485, inciso V, do CPC.

A via da ação rescisória é estreita, prevendo o diploma de direito processual hipóteses taxativas para sua admissão.

Confira-se:

> *Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:*
>
> *I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;*
>
> *II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;*
>
> *III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;*
>
> *IV - ofender a coisa julgada;*
>
> *V - violar literal disposição de lei;*
>
> *Vl - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;*
>
> *Vll - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de Ihe assegurar pronunciamento favorável;*
>
> *VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;o IX do artigo 485 do CPC, somente ocorre erro de fato a ensejar a rescisória quando for admitido um fato inexistente ou considerado inexistente um fato efetivamente ocorrido sendo indispensável em ambos os casos que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato. Neste sentido, o Recurso Especial n. 8830-SP, julgado pela 1ª Turma do STJ, relator o Ministro Garcia Vieira.*

O autor alega que a sentença rescindenda, no capítulo em que o condena pela prática de ato de improbidade administrativa, viola o art. 93, IX, da CF; o art. 10, XIII, da Lei n. 8.429/92 e o art. 131 do CPC, por não fundamentar a verificação da culpa grave, do dolo ou da má-fé na conduta do requerente para configuração da improbidade administrativa.

Confira-se o art. 93, IX, da CF:

> *Art. 93. (...)*
>
> *IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;*

Confira-se o art. 10, inciso XIII, da Lei n. 8.429/92:

> *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:*
>
> *(...)*
>
> *XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1° desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.*

Confira-se o art. 131 do CPC:

> *Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.*

Pois bem.

Pelo que se infere dos autos, o Ministério Público ajuizou ação civil pública c/c ação de improbidade administrativa e reparação de dano em face de Dagoberto Nogueira Filho, Paulo Renato Dolzan, José Ivan de Almeida, Guilherme Gonçalves e beneficiário Granville e Silva Ltda – ME, ao argumento de ilegalidade na prestação de serviço de segurança particular executada por policiais militares, com a utilização do sistema público, resultando no enriquecimento ilícito da empresa AGS Segurança à custa do Poder Público, o qual, além de remunerá-la, teria se encarregado, por intermédio de seus servidores, da própria execução dos serviços. A conduta ímproba imputada ao então requerido Dagoberto Nogueira Filho foi enquadrada no art. 10, incisos II, XII e XIII, e no art. 11, incisos I e IV, da Lei n. 8.429/92, com pedido de condenação nas sanções do art. 12, incisos II e III, da Lei n. 8.429/92 (f. 19-35).

Na sentença rescindenda, o magistrado *a quo* tipificou a conduta do ora requerente no art. 10, XIII, da LIA, condenando-o às sanções de ressarcimento do dano (R$ 2.200,00) e de pagamento de multa civil de duas vezes o valor do dano (R$ 4.400,00) previstas no inciso II do art. 12 da Lei n. 8.429/92, com a ressalva de que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11, *caput*, da LIA restou absorvido pelo descrito no art. 10 da LIA. Confira-se no que interessa, excerto da sentença (f. 655-657):

> *2. Ação de Improbidade Administrativa*
>
> *Igualmente procedentes são as imputações de práticas de atos de improbidade administrativa pelos agentes públicos Dagoberto Nogueira Filho, Paulo Renato Dolzan e José Ivan De Almeida e os beneficiários Granville e Silva LTDA – ME, Armando Granville de Souza. Vejamos.*
>
> *À época dos fatos, já analisados acima e declarados ilegais e imorais, eram*

agentes públicos os requeridos:

2.1 Dagoberto Nogueira Filho, Paulo Renato Dolzan, José Ivan de Almeida e Guilherme Gonçalves.

Dagoberto Nogueira Filho – Secretário de Segurança Pública, nomeado em 31.01.2003 (DO n. 5930, de 03.02.2003 – fls. 195-196 dos autos de IC), exonerado em 03.05.2004 (fl. 197-IC).

O requerido Dagoberto Nogueira Filho, na função de Secretário de Segurança Pública, obviamente tinha o dever de não permitir a prática do ato ilegal, porquanto está dentre suas atribuições estabelecidas no artigo 25 da Lei Estadual n° 2.152/2000:

Art. 25. Compete aos Secretários de Estado, como auxiliares diretos do Governador do Estado, além de outras atribuições que lhes sejam definidas em lei ou regulamento:

I-exercer a coordenação, a orientação e a supervisão dos órgãos e das entidades da administração estadual na área de suas atribuições e referendar os atos e decretos assinados pelo Governador do Estado;

II-expedir instruções para execuções de leis, decretos e regulamentos;

III-autorizar despesas e movimentar as cotas e as transferências financeiras;

(...) (g.n)

Todavia, em informações prestadas nos autos de Inquérito Civil, as fls. 182/184, o requerido justificou a prática ilegal na forma transcrita:

(...) que tenho conhecimento que a central de monitoramento foi adquirida pela Polícia Militar deste Estado, que era a responsável por realizar o monitoramento nos estabelecimentos, sem custo para os usuários, e cada usuário que tivesse interesse em colocar o equipamento em seu estabelecimento, providenciaria, por conta própria, com livres escolhas e ligaria no 190 (Polícia Militar) que atenderia o chamado.

(...)

Releva notar que nunca tomei conhecimento de que as empresas ou estabelecimentos que se utilizavam desse serviço o adquiriram empresa de publicidade citada na denúncia, bem como que os usuários pagariam a empresa, a título de taxa de manutenção, qualquer valor, inclusive porque o serviço era público, gratuito e não poderia ser cobrado.

Como se vê, o requerido admitiu que teria conhecimento da prática ilícita, contudo não cumpriu o dever legal de supervisão, omitindo-se, quando deveria levantar a real utilização do serviço policial em interesse privado, como restou comprovado nos autos, em detrimento do interesse público.

Ressalta-se o dever de diligência do requerido Dagoberto na proteção ao eficiente desenvolvimento das atividades do CIOPS, posto que inclusive, foi uma das autoridades que subscreveu o Decreto n. 11.564, de 22.04.2004 que o instituiu (fls. 232/236 dos autos), e em cujas disposições inexiste previsão do afrontoso ato de vinculação à empresa de segurança particular.

(...)

As condutas dos requeridos estão tipificados no artigo 10, XIII, da lei de Improbidade Administrativa, nos seguintes termos:

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:

(...)

XIII- permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades. (g,n.)

Emerson Garcia define:

O ato será culposo quando o agente não empregar a atenção ou a diligência exigida, deixando de prever os resultados que adviriam de sua conduta por atuar com negligência, imprudência ou imperícia. Ante o teor da Lei n. 8.429/92, constata-se que apenas os atos que acarretem lesão ao erário (art.10) admitem a forma culposa, pois somente aqui tem-se a previsão de sancionamento para tal elemento volitivo. (g.n.)

O dano ao erário é caracterizado pela compulsória disposição dos policiais por meio da vinculação da empresa requerida ao CIOPS para atender preferencialmente os clientes daquela, de forma que a empresa utilizava-se da mão-de-obra dos agentes públicos, pagos pelo patrimônio público, como se fossem seus empregados, em prejuízo ao princípio da supremacia do interesse público.

(...)

Isto posto, caracterizadas as condutas ímprobas praticadas pelos requeridos Dagoberto Nogueira Filho, Paulo Renato Dolzan, José Ivan de Almeida, Guilherme Gonçalves, Granville e Silva LTDA – ME, Arnaldo Granville De Souza, devem responder pelos ilícitos, na forma do artigo 12, II, da Lei de improbidade administrativa;

Art. 12.Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

(...)

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;

(...)

Aos requeridos Dagoberto Nogueira Filho, Paulo Renato Dolzan, José Ivan de Almeida e Guilherme Gonçalves, aplico a penalidade de ressarcimento do dano, na parte que pode ser avaliado, qual seja, o valor pago pelo equipamento, no importe de R$ 2.200,00 (dois mil e duzentos reais) (fl. 159 destes autos), aplicada correção monetária,

> *juros de mora de 0,5% ao mês e remuneratórios de 12% ao ano, a partir da propositura da ação, devendo o valor apurado ser dividido em partes iguais entre os requeridos.*
>
> *Certamente que os danos decorrentes da disposição preferencial dos servidores públicos policiais, integrantes do patrimônio público, não pode ser mensurado, razão pela qual, aplico multa civil no importe de duas vezes o valor do dano supramencionado, ou seja, R$ 4.400,00 (quatro mil e quatrocentos) para cada um, devendo ser atualizado mediante a aplicação da correção monetária, juros de mora de 0,5% ao mês e remuneratórios de 12% ao ano, a partir da propositura da ação.* (f. 655, 656, 657, 661, 662)

Como se vê de simples leitura do capítulo da sentença objeto da presente rescisória, verifica-se que o argumento de que se valeu o magistrado, para a condenação do ora requerente, está lastreado em falsa premissa, que se equivale à ausência de fundamentação, quanto à existência do elemento essencial dolo ou culpa para a tipificação da conduta do ora requerente como ato de improbidade administrativa lesivo ao erário, na forma descrita no art. 10, inciso XIII, da Lei n. 8.429/92.

Explico.

O Ministério Público tipificou a conduta do ora requerente no inciso XIII do art. 10 da Lei n. 8.429/92, ao argumento de que na condição de Secretário Estadual de Segurança Pública permitiu *"que a empresa AGS utilize todo o sistema de segurança pública do Estado, bem como o trabalho dos policiais militares da PM/MS"* (f. 28).

Entretanto, nas informações prestadas no Procedimento de Investigação Preliminar n. 034/2004, o requerente Dagoberto foi categórico ao afirmar *"(...) nunca tomei conhecimento que as empresas ou estabelecimentos que se utilizavam desse serviço o adquiriam empresa de publicidade citada na denúncia, bem como que os usuários pagariam a empresa, a título de taxa de manutenção, qualquer valor"*.

Não obstante isso, após transcrever referido trecho extraído das informações do requerente, o magistrado concluiu que *"o requerido admitiu que teria conhecimento da prática ilícita, contudo não cumpriu o dever legal de supervisão, omitindo-se, quando deveria levantar a real utilização do serviço policial em interesse privado, como restou comprovado nos autos, em detrimento do interesse público"* (f. 656) e, por esta razão, o condenou pelo ato de improbidade administrativa tipificado no art. 10, inciso XIII, da Lei n. 8.429/92.

Tal circunstância implica nulidade deste capítulo da sentença por violação literal ao disposto no art. 93, IX, da CF, no art. 10, da Lei n. 8.249/92 e no art. 131 do CPC.

Assim, tenho que há violação literal ao dispositivo constitucional (art. 93, IX, da CF) e aos dispositivos infraconstitucionais (art. 10, da Lei n. 8.249/92 e art. 131 do CPC) invocados na inicial, por ausência de fundamentação quanto à configuração do elemento subjetivo dolo ou culpa na conduta do requerente, até porque, gize-se, a fundamentação adotada pelo magistrado está lastreada na falsa premissa "admitiu", implicando, portanto, a procedência da pretensão rescisória da sentença, no capítulo referente ao autor.

Dito isso, passo ao novo julgamento da ação civil pública cumulada com improbidade administrativa e reparação de dano quanto à conduta do ora requerente.

Sabidamente, o caráter sancionador da Lei n.º 8.429/92 destina-se aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições,

que importem em enriquecimento ilícito (art. 9); causem prejuízo ao erário público (art. 10) ou atentem contra os princípios da Administração Pública, tal qual a moralidade administrativa (art. 11).

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 9 e 11 da LIA), que exigem a modalidade dolosa.

Confira-se julgado abaixo:

> *PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DESCUMPRIMENTO DE CONVÊNIO. FUNASA. APLICAÇÃO IRREGULAR DE VERBAS. ALTERAÇÃO UNILATERAL DO OBJETO DO ACORDO. ATO ÍMPROBO POR DANO AO ERÁRIO CARACTERIZADO. DOLO CARACTERIZADO. ARTIGO 10 DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PENALIDADES DA LEI N. 8.429/92. CABIMENTO. 1. A jurisprudência atual desta Corte é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Logo,* ***para a tipificação das condutas descritas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do art. 10****. 2. No caso dos autos, ficou comprovada a má utilização de recursos públicos oriundos de convênio com a FUNASA. Assim, além de proceder à alteração unilateral do objeto conveniado, também não comprovou a utilização do percentual de 51% das verbas em finalidades públicas no município, ficando, portanto, demonstrado o dolo do agente e o prejuízo ao erário, seja pelo descumprimento do pactuado, seja pela má gestão administrativa. 3. Caracterizado o ato de improbidade administrativa por dano ao erário, nos termos do art. 10 da Lei n. 8.429/92, já que, para enquadramento de conduta no citado artigo, é dispensável a configuração do dolo, contentando-se a norma com a simples culpa. O descumprimento do convênio com a não aplicação das verbas ao fim destinado, foi, no mínimo, um ato negligente. 4. Evidenciada no acórdão recorrido, à luz das circunstâncias fático-probatórias descritas pelo tribunal de origem, a culpa por parte do recorrente, cabe a condenação com base no art. 10 da Lei n. 8.429/1992 e a aplicação das penalidades previstas no art. 12 do mesmo diploma, como bem determinou o tribunal de origem. Agravo regimental improvido.* (STJ. AgRg no AREsp 532421 / PE n.º 2014/0142733-0. Ministro Humberto Martins. DJe 28/08/2014) (Destaquei)

Portanto, nos casos de improbidade lesivos ao erário (art. 10 da LIA), há a possibilidade de seu cometimento se dar por culpa ou dolo.

O ato de improbidade administrativa é a exteriorização da vontade do agente público, por isso a necessidade de se perquirir sobre o seu elemento volitivo.

Quanto ao significado do elemento subjetivo culpa nos atos de improbidade administrativa lesivos ao erário, esclarecedora a lição de Waldo Fazzio Júnior[7]:

> *Encarta-se, outrossim, na figura do art. 10 (atos de improbidade que redundam em lesão ao erário), a culpa em sentido estrito, a lastreada na imprudência, na negligência ou na imperícia.*
>
> *A culpa significa a vontade direcionada ao fato (por exemplo, dispensar licitação), embora o resultado – lesão ao erário – possa não ser desejado pelo agente. Culpa é a*

7 **Atos de Improbidade Administrativa, Doutrina, Legislação e Jurisprudência.** 2. ed. Atlas, p. 82.

> *omissão de diligência na observância da norma de conduta administrativa, ou seja, a negligência do agente em observá-la, com resultado não querido, mas previsível. É o descuido na consideração das consequências eventuais do ato, ou como prefere Nucci (2006, p. 216), é o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, embora produza resultado ilícito, não desejado, mas previsível, que podia ser evitado.*

Pois bem.

Em 31/03/2003, o autor foi nomeado no cargo de Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública, no qual permaneceu até a data da sua exoneração, em 03/05/2004.

Em 22/03/2004, mediante o Decreto n. 11.564 (f. 269-272), também subscrito pelo autor, na condição de Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública, o Poder Executivo Estadual instituiu o CIOPS – Centro Integrado de Operações de Segurança, visando concentrar todas as operações de segurança do Estado de Mato Grosso do Sul, regulamentando e reunindo num mesmo sistema de informática todas as ações policiais da Polícia Militar, (que antes eram feitas no COPOM), da Polícia Civil e do Corpo de Bombeiros.

O CIOPS foi instalado na sede da Polícia Militar, no Parque dos Poderes, com a migração dos dados e equipamentos do COPOM e com a aquisição, pelo Comandante-Geral da PM, de um receptor eletrônico de monitoramento SEP, pelo preço de R$ 2.200,00, da empresa AGS-Segurança (f. 94). Tal sistema de monitoramento eletrônico possibilitava que os estabelecimentos comerciais, através de um *modem*, ficassem conectados ao CIOPS, que ao ser acionado por aqueles detectava imediatamente o nome e o endereço da ocorrência, possibilitando a comunicação imediata da central com a viatura mais próxima do local.

Para ter esse benefício, o estabelecimento comercial tinha de adquirir um *modem*. A empresa AGS Segurança cobrava pelo *modem* o valor aproximado de R$ 500,00 e, com a placa de identificação contendo o brasão da Polícia Militar, projetada pela empresa JD Publicidade, o valor era de R$ 600,00.

O Ministério Público tipificou a conduta do ora requerente no inciso XIII do art. 10 da Lei n. 8.429/92, ao argumento de que na condição de Secretário Estadual de Segurança Pública permitiu *"que a empresa AGS utilize todo o sistema de segurança pública do Estado, bem como o trabalho dos policiais militares da PM/MS"* (f. 28).

Na sentença objeto da presente rescisória, o magistrado *a quo,* por entender que houve omissão do requerente no cumprimento do seu dever legal de supervisão, condenou-o às sanções de reparação do dano (R$ 2.200,00) e de multa civil de duas vezes o valor do dano (R$ 4.400,00).

Quanto aos fatos narrados na inicial da ação civil pública c/c improbidade administrativa e reparação do dano, transcrevo as informações prestadas pelo ora requerente nos autos do Procedimento de Investigação Preliminar n. 034/2004 (f. 283-285):

> *Que tenho conhecimento que a central de monitoramento foi adquirida pela Polícia Militar deste Estado, que era a responsável por realizar o monitoramento nos estabelecimentos, sem custo para os usuários e, cada usuário que tivesse interesse em colocar o equipamento em seu estabelecimento, providenciaria, por conta própria, com livre escolha e ligaria no 190 (Polícia Militar) que atenderia o chamado.*
>
> *Como a Polícia Militar não conseguia, por falta de estrutura, atender toda a população da cidade, foi autorizada a utilização do equipamento apenas nos estabelecimentos que sofriam altos índices de assaltos, tanto é verdade que diminuíram, sensivelmente, os índices de assaltos em postos de gasolina, supermercados e restaurantes.*

> *Houve, à época, várias reuniões com as associações e sindicatos que representavam estes estabelecimentos interessados no monitoramento, essas associações e sindicatos recebiam um número de quotas (aproximadamente dez monitoramentos) para cada sindicato, indicavam qual estabelecimento receberia o monitoramento, levando em conta sempre quem sofria maiores índices de assaltos, e, portanto, tinha mais necessidade do equipamento.*
>
> *Releva notar que* ***nunca tomei conhecimento que as empresas ou estabelecimentos que se utilizavam desse serviço o adquiriam empresa de publicidade citada na denúncia, bem como que os usuários pagariam a empresa, a título de taxa de manutenção, qualquer valor, inclusive porque o serviço era público, gratuito e não poderia ser cobrado.***
>
> *Importante ainda dizer que todas as vezes que tratei do assunto em reuniões com Sindicatos ou Associações,* ***sempre manifestei no sentido de que poderiam adquirir livremente o equipamento, sem qualquer direcionamento, com liberdade de escolha, e mais, quando me reuni com Associação de Empresas de Monitoramento, garanti que seriam instalados em poucos estabelecimentos, apenas para reduzir e conter os altos índices de assaltos.***
>
> ***No período em que estive ocupando a pasta da Segurança Pública nunca tive reclamações por parte das empresas de monitoramento ou dos estabelecimentos comerciais que utilizavam o sistema de monitoramento****, pelo contrário, com esta alternativa houve redução sistemática dos assaltos naqueles estabelecimentos, sendo certo que,* ***se por acaso ocorreu o fato citado na denúncia não deve ter ocorrido durante o período em que ocupei a Secretaria de Segurança****.* (destaquei)

Como se vê das informações prestadas, o conhecimento do requerente era de que a Polícia Militar havia adquirido a central de monitoramento para realização do monitoramento eletrônico dos estabelecimentos que sofriam altos índices de assaltos, sem custo para os usuários, bastando que os interessados providenciassem, por conta própria e com livre escolha, um *modem*.

Tal conhecimento, todavia, em nada desabona a conduta do requerente, especialmente porque a central de monitoramento era necessária para o funcionamento do CIOPS e foi adquirida pelo valor de R$ 2.200,00, conforme faz prova a nota fiscal da f. 94, enquadrando-se dentre as hipóteses de dispensa de licitação (até R$ 8.000,00), nos termos do art. 24, inciso II, da Lei n. 8.666/93.

Confira-se:

> *Art. 24. É dispensável a licitação:*
>
> *(...)*
>
> *II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;* (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998).

Quando ao fato de que os estabelecimentos que utilizavam do sistema de monitoramento eletrônico realizado pelos CIOPS teriam adquirido o equipamento necessário para o seu acesso da empresa indicada na inicial, e de que a esta estariam pagando, a título de taxa de manutenção, qualquer valor, o requerente foi taxativo ao afirmar "*nunca tomei conhecimento*", ressaltando que nada poderia ser cobrado, pois se tratava de serviço público e gratuito.

Ademais, não há como exigir do requerente, à época Secretário Estadual de Justiça e Segurança Pública, que tivesse conhecimento deste fato, pois ele ocorreu fora do âmbito da Administração Pública estadual, tratando-se de relação entre particulares, no caso, entre os estabelecimentos comerciais e as empresas que lhes venderam os equipamentos necessários para ter acesso ao serviço público e gratuito prestado pelo CIOPS.

Ora, se o requerente deixou a cargo dos estabelecimentos comerciais a compra dos equipamentos necessários para ter acesso ao serviço público e gratuito prestado pelo CIOPS, sem direcionar a determinada empresa, certo é que não há como culpabilizá-lo pela conduta da empresa escolhida pelo estabelecimento para compra do equipamento, que cobrava taxa de manutenção pelo uso deste.

Some-se a isso o fato de que anteriormente à existência dos CIOPS, o COPOM já operava com equipamentos eletrônicos da empresa AGS Segurança, razão de a central de monitoramento para o CIOPS ter sido dela adquirida pelo Comandante-Geral da Polícia Militar de Mato Grosso do Sul.

Ademais, as provas constantes dos autos não infirmam as alegações do autor no sentido de que não tinha conhecimento de que a empresa cobrava dos usuários a utilização dos equipamentos dela adquiridos para acessar o serviço prestado pelo CIOPS, mesmo porque a empresa era de livre escolha dos estabelecimentos comerciais, de modo que não há como concluir tenha permitido tal prática.

Nesse contexto, não verifico a presença do elemento subjetivo dolo ou culpa na conduta do ora requerente apta a caracterizá-la como ímproba, razão pela qual deve ser julgado improcedente o pedido deduzido na ação civil pública cumulada com ação de improbidade administrativa e reparação de dano, relativamente ao ora requerente Dagoberto Nogueira Filho.

Posto isso, acompanho o nobre Relator.

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

Acompanho o voto do Revisor.

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

Acompanho o voto do Relator.

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e, no mérito, por maioria, julgaram procedente a ação rescisória, nos termos do voto do relator, vencidos o revisor e o 2º vogal. na forma do art. 942, § 3º, do CPC, o julgamento prosseguirá na seção especial cível, para garantir a possibilidade de inversão do resultado.

VOTO (EM 08.12.2016)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimental. (4º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (5º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e, no mérito, por maioria, julgaram procedente a ação, nos termos do voto do relator, vencidos o revisor e o 2º vogal, nos termos do art. 942, § 3º, inciso I, do CPC.

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Sideni Soncini Pimentel e Des. Vladimir Abreu da Silva.

Campo Grande, 08 de dezembro de 2016.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança nº 1408386-68.2016.8.12.0000
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO PARA A OUTORGA DE DELEGAÇÃO DE SERVENTIAS NOTARIAIS E REGISTRAIS – DECADÊNCIA – PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – PRETENSÃO DE EXERCÍCIO DA DELEGAÇÃO INDEPENDENTEMENTE DE EXONERAÇÃO DE CARGO PÚBLICO OCUPADO EM OUTRO ENTE DA FEDERAÇÃO – SERVIÇO EXTRAJUDICIAL NÃO SE CONFUNDE COM CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO PÚBLICA – ENTENDIMENTO DO STF – GOZO DE LICENÇA PARA TRATO DE INTERESSE PARTICULAR – IMPETRANTE NÃO ESTÁ RECEBENDO REMUNERAÇÃO EM RELAÇÃO AO CARGO PÚBLICO – INEXISTÊNCIA DE INCOMPATIBILIDADE, POR NÃO HAVER SIMULTANEIDADE DE EXERCÍCIO – ART. 25 DA LEI N. 8.935/1994 – CONCESSÃO DA ORDEM.

O termo *a quo* do prazo decadencial não é a data de publicação do edital de abertura de concurso público, tampouco das subsequentes convocações para escolha das serventias, vez que o impetrante não se insurge, diretamente, contra as regras ali previstas, mas sim contra o ato que condicionou o exercício da atividade notarial e registral à comprovação de requerimento de exoneração do cargo público, de modo que não há falar em decadência.

Consoante entendimento sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, os delegatários de serventia extrajudicial não são titulares de cargo ou emprego público, tampouco ocupantes de função pública, mas sim exercentes de atividade própria do Estado mediante delegação. Desta feita, a eles não se impõe a vedação insculpida no artigo 37, incisos XVI e XVII, da Constituição da República.

A Lei nº 8.935/1994, ao que interessa à discussão em questão, reza em seu artigo 25: "*O exercício da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia, o da intermediação de seus serviços ou o de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão*".

Somente se pode falar em exercício do cargo público quando o agente público efetivamente realiza as atividades que lhes são inerentes, de sorte que, no período em que está licenciado para tratar de interesse particular, nos moldes do artigo 91 da Lei nº 8.112/1990, ele não desempenha as funções inerentes ao cargo, embora ainda esteja a ele vinculado.

Por corolário, não configurada a acumulação de cargos, empregos ou funções públicas, haja vista a delegação de serventia extrajudicial com eles não se confundir, não há falar em infringência da regra do artigo 37, incisos XVI, da Constituição da República; assim como não se constata o exercício simultâneo da delegação e do cargo público, como veda o artigo 25 da Lei nº 8.935/1994, de modo que a segurança deve ser concedida, pois a Administração Pública está sujeita ao princípio da legalidade estrita, pelo qual não é possível outorgar interpretação extensiva a norma restritiva de direitos.

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, afastar a preliminar, com o parecer.

Por maioria, contra o parecer, concederam a segurança, nos termos do voto do relator, vencida a Desª. Tânia Garcia de F. Borges e os Des. Carlos Eduardo Contar, Sérgio F. Martins, Julio Roberto S. Cardoso e Claudionor Miguel A. Duarte que denegavam.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2016.

Des. Divoncir Schreiner Maran - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Guilherme Vieira Gomes Neto impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente e do Corregedor-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando seja-lhe autorizado entrar em exercício junto ao 2º Serviço Notarial e de Registro Civil das Pessoas Naturais, Interdições e Tutelas da Comarca de Jardim, independentemente de exoneração do cargo que ocupa junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Relatou, em síntese, que foi aprovado no IV Concurso Público para a Outorga de Delegação de Serviços Notariais e Registrais neste Estado e, por isso, tomou posse como delegatário do 2º Serviço Notarial e de Registro Civil das Pessoas Naturais, Interdições e Tutelas da Comarca de Jardim, não tendo, todavia, entrado em exercício, pois este fora condicionado à apresentação do protocolo do pedido de exoneração do cargo público que ocupa em outro ente federado.

Esclareceu que fora-lhe concedida licença para trato de interesse particular, como autoriza o artigo 91 da Lei nº 8.112/1990, pelo período de três anos, a contar de 23 de julho de 2016, de modo que, no momento, não está em exercício em nenhum cargo público. Dessa feita, a exigência de comprovação de pedido de exoneração consiste em ilegal restrição do acesso à delegação, mormente porque não prevista no edital convocatório.

Destacou, na sequência, que a vedação do artigo 25 da Lei nº 8.935/1994 é concernente ao exercício simultâneo da atividade notarial ou registral com o do cargo público, o que não se verifica, pois durante o gozo da licença não remunerada tem-se a interrupção do exercício do cargo público. Ademais, a Constituição da República não proíbe que titular de cargo público seja delegatário de serventia extrajudicial, mormente porque esta não se confunde com cargo público, como assentado pelo Supremo Tribunal Federal.

Asseverou que "*se o marco temporal para a apresentação da carta de exoneração é o início do exercício da função notarial, então o que se veda é o exercício simultâneo da função notarial e do cargo, pelo que se deve, necessariamente, admitir que o impetrante exerça a função delegada desde que suspenda o efetivo exercício do cargo que atualmente ocupa, sem precisar se exonerar do mesmo*" (f. 08).

Para corroborar sua alegação, citou precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.

Por fim, pugnou pela concessão da medida liminar, afirmando satisfeitos os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, para autorizar que inicie o exercício da delegação perante o 2º Serviço Notarial e de Registro Civil das Pessoas Naturais, Interdições e Tutelas da Comarca de Jardim, e pela concessão da segurança, confirmando-se a tutela provisória de urgência.

Acostou documentos às fs. 19 -124.

Na decisão de fs. 128-130 concedeu-se a liminar.

Notificados as autoridades apontadas como coatoras e o Estado de Mato Grosso do Sul (fs. 135-136 e 173-174), aquelas apresentaram informações (fs. 137-145), acompanhadas dos documentos de fs. 146-170, alegando, preliminarmente, a decadência do direito de impetrar mandado de segurança, pois a acumulação de delegação e de cargo público constava do edital, publicado em 07 de maio de 2014, e também do ato convocatório para escolha das serventias, publicado em 20 de julho de 2015 e republicado nos dias 16 de setembro de 2015 e 12 de fevereiro de 2016.

No mérito, apontaram a ausência de direito líquido e certo ao argumento de que o artigo 25 da Lei nº 8.935/1994 veda expressamente o exercício simultâneo de cargo público e titularização de serventia extrajudicial, ainda que concedida licença para trato de interesse particular em relação ao primeiro, já que o servidor, ainda assim, permanece detentor do cargo.

O Estado de Mato Grosso do Sul, a seu turno, ratificou as informações apresentadas (f. 175).

A Procuradora de Justiça, então, no parecer de fs. 179-191, opinou pela rejeição da preliminar e, no mérito, pela denegação da segurança.

VOTO (EM 14/12/2016)

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

O impetrante relata, em síntese, que foi aprovado no IV Concurso Público para a Outorga de Delegação de Serviços Notariais e Registrais neste Estado e, por conseguinte, tomou posse como delegatário do 2º Serviço Notarial e de Registro Civil das Pessoas Naturais, Interdições e Tutelas da Comarca de Jardim, não tendo, todavia, entrado em exercício, pois este fora condicionado à apresentação do protocolo do pedido de exoneração do cargo público que ocupa junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, exigência esta ilegal e desarrazoada, na medida em que está licenciado, sem remuneração, do aludido cargo, ou seja, não haverá exercício simultâneo das atividades inerentes ao cargo e notarial e registral, não, incidindo, portanto, a vedação do artigo 25 da Lei nº 8.935/1994.

Ao prestarem suas informações, as autoridades indicadas como coatoras arguiram, em preliminar, a decadência do direito à impetração, questão esta que, por ser prejudicial, será apreciada inicialmente.

Preliminar de decadência

Quanto à aventada decadência, dispõe o artigo 23 da Lei nº 12.016/2009 que o direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.

A contagem do aludido prazo tem início a partir do momento em que se torna operante ou exequível o ato impugnado, ou seja, a partir de quando seja capaz de gerar lesão ao direito do impetrante. Enquanto o ato for insuscetível de causar lesão, não tem início o referido prazo extintivo da ação constitucional.

Nessa linha de raciocínio, extrai-se dos autos, ao contrário do que sustentam as autoridades apontadas como coatoras, que o ato causador de prejuízo ao impetrante não foi o edital de abertura concurso público, tampouco as subsequentes convocações para escolha das serventias, mas sim o ato que condicionou o exercício da atividade notarial e registral à comprovação de requerimento de exoneração do cargo público.

Infere-se, pois, que a alegada violação resultou de ato administrativo expresso, a partir do qual o impetrante teve ciência inequívoca da situação que lhe considera desfavorável.

Sob esse prisma, o *dies a quo* do prazo decadencial foi o da assinatura do termo de investidura como delegatário da serventia extrajudicial, isto é, 08 de julho de 2016, a partir de quando teria o prazo de 30 dias para entrar em exercício e, por conseguinte, para desvincular-se do cargo público por ele ocupado, inferindo-se, assim, o respeito ao lapso decadencial.

A propósito, a jurisprudência uníssona do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> *[...] 1. A fluência do prazo decadencial só se inicia na data em que o ato a ser impugnado se torna operante ou exequível, a dizer, capaz de produzir lesão ao direito vindicado, que, no caso em tela, deu-se com o indeferimento do requerimento administrativo do candidato pela Administração Pública [...]* (AgRg no REsp 959.999/BA. Quinta Turma. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Publicação DJe 11.5.2009).
>
> *[...]* ***O prazo decadencial do mandado de segurança, na hipótese de impugnação a regra editalícia em concurso público, somente passa a fluir a partir do momento em que o candidato sofre os seus efeitos****, com a eliminação do certame. Precedentes. [...]* (AgRg no REsp 1174316/CE. Sexta Turma. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Publicação DJe 2.2.2016) (grifo nosso).

Ao posicionar-se pelo afastamento da alegada decadência, o culto Procurador de Justiça, às fs. 181-182, com propriedade, ponderou:

> *Conforme entendimento jurisprudencial pátrio, em tais situações,* ***a contagem do prazo decadencial inicia-se do ato concreto que efetivamente tenha violado o direito líquido e certo do candidato e não da publicação do edital*** *[...].*
>
> *No caso em análise o impetrando foi investido no dia 8.7.2016 (fls. 59), enquanto que o mandado de segurança foi impetrado em 2.8.2016,* ***dentro do prazo de 120 dias previsto na Lei do Mandado de Segurança, portanto, não há que se falar em decadência*** (grifos originais).

Destarte, o ato impugnado por meio deste mandado de segurança não é o edital do concurso, nem mesmo as convocações para escolha das serventias, mas sim o ato concreto que impediu o impetrante de entrar em exercício na delegação enquanto titular de cargo público.

Portanto, afasto a preliminar de decadência.

Mérito

A exemplo dos cargos e empregos públicos da estrutura da Administração Pública, o ingresso nos serviços notariais e registrais está condicionado a prévio concurso público, como impõe o artigo 236, § 3º, da Constituição da República, *verbis*: "*o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses*".

A exigência de prévia aprovação em concorrência pública, no entanto, não outorga às serventias extrajudiciais a natureza jurídica de cargo, emprego ou função pública, malgrado constituam atividade estatal, consoante já sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

> *O art. 40, § 1º, II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC 20/1998, está restrito aos cargos efetivos da União, dos Estados-membros, do Distrito*

> *Federal e dos Municípios – incluídas as autarquias e fundações. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público – serviço público não privativo.* ***Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos****, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado art. 40 da CF/1988 – aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade* (ADI 2.602. Plenário. Relator para o acórdão Ministro Eros Grau. Publicação DJ 31.3.2006) (grifo nosso).

No mesmo sentido, outros precedente da Suprema Corte: MS 28.440-ED-AgR, Plenário, Relator Ministro Teori Zavascki, publicação DJE 7.2.2014; e RE 556.504-ED, Primeira Turma, Relator Ministro Dias Toffoli, publicação DJE 25.10.2010.

Partindo, então, do pressuposto que os delegatários de serventia extrajudicial não são titulares de cargo ou emprego público, tampouco ocupantes de função pública, mas sim exercentes de atividade própria do Estado mediante delegação, a eles não pode ser imposta a vedação insculpida no artigo 37, incisos XVI e XVII, da Lei Fundamental, que têm a seguinte redação:

> *XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:*
>
> *a) a de dois cargos de professor;*
>
> *b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;*
>
> *c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;*
>
> *XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;.*

Desse modo, se não há norma expressa na Constituição da República impedindo que um indivíduo seja, a um só tempo, titular de cargo público e delegatário de serventia extrajudicial, a acumulação remunerada somente pode ser considerada ilegal (e não inconstitucional) se houver lei que a proíba.

Em âmbito nacional, a regulamentação do artigo 236 da Bíblia Política é feita pela Lei nº 8.935/1994, a qual, ao que interessa à discussão em questão, reza em seu artigo 25: "*O* ***exercício*** *da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia, o da intermediação de seus serviços ou o de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão*" (grifo nosso).

Ante à redação do dispositivo acima transcrito, dessome-se que a compreensão acerca da existência ou não do direito afirmado pelo impetrante depende da definição de dois pontos, quais sejam: o que se entende por exercício do cargo público; e se a licença não remunerada para trato de interesse particular interrompe ou não o exercício do cargo.

Na sequência à habilitação em concurso público, há nomeação do aprovado para posse, ato pelo qual é aperfeiçoada a relação entre o ele e a Administração Pública, consistente na aceitação do cargo e na assunção do compromisso de o exercer de forma proba e eficiente.

O ato de posse não se confunde com o exercício, que, por sua vez, pode ser definido como o comparecimento no empossado no órgão público perante o qual irá desempenhar suas funções e, sobretudo, o efetivo início delas. "*Com o exercício, o servidor passa a desempenhar legalmente suas funções e a adquirir*

as vantagens do cargo e a contraprestação pecuniária devida pelo Poder Público"[1] Traçada a distinção entre posse e exercício, somente se pode falar em exercício do cargo público quando o agente público efetivamente realiza as atividades que lhes são inerentes, de sorte que, no período em que está licenciado para tratar de interesse particular, nos moldes do artigo 91 da Lei nº 8.112/1990, ele não desempenha as funções próprias do cargo, embora ainda esteja a ele vinculado.

É com base nesse raciocínio que o legislador, em 2008, alterou o parágrafo único do artigo 117 da Lei nº 8.112/1990 para autorizar que o servidor no gozo da licença em questão participe de gerência ou administração de sociedade privada e exerça o comércio. Isso porque, como bem alerta Elyesley Silva do Nascimento, "[...] ***essas atividades são vedadas ao servidor em exercício, sendo permitidas apenas quando no gozo da supracitada licença***" (op. cit., p. 164) (grifo nosso).

Nessa ordem de ideias, na situação em apreço, conclui-se que embora ainda persista o vínculo funcional entre o impetrante e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, pois ele é detentor do cargo de Analista Judiciário, é certo que não está havendo exercício deste cargo, em razão da concessão de licença para trato de interesse particular (fs. 61-64).

Por corolário, não configurada a acumulação de cargos, empregos ou funções públicas, haja vista a delegação de serventia extrajudicial com eles não se confundir, não há falar, como já registrado linhas atrás, em infringência da regra do artigo 37, incisos XVI, da Constituição da República; assim como não se constata o exercício simultâneo da delegação e do cargo público, como veda o artigo 25 da Lei nº 8.935/1994, de modo que a segurança deve ser concedida, pois a Administração Pública está sujeita ao princípio da legalidade estrita.

Com efeito, ao contrário do que ocorre nas relações privadas, nas quais o princípio da legalidade é compreendido sob a perspectiva da não contradição à lei, segundo a qual aos particulares é possível fazer tudo desde que não atuem contra a lei; no âmbito do Direito Administrativo, o princípio é mais específico: tem o enfoque de subordinação à lei, de modo que o administrador somente pode atuar se houver previsão na lei (ainda que implícita) e nos limites da autorização legal.

Demais disso, quando a norma é restritiva de direitos, é vedada outorgar-lhe interpretação extensiva.

Nesse sentido, é farta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. [...] INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DE NORMA RESTRITIVA. IMPOSSIBILIDADE. VINCULAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. PRECEDENTE. [...] '6. Está a Administração adstrita, por imperativo Constitucional - art. 37, caput -, à legalidade estrita, não podendo dar interpretação extensiva ou restritiva, se a norma assim não dispôs, porquanto essa é a aresta de sua atuação, não podendo atuar aquém ou além dessa divisa' (REsp 1.473.150/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 1º/12/2015, DJe 09/12/2015.). Agravo regimental improvido.* (STJ. AgRg no AgRg no REsp 1507243/RS. Segunda Turma. Relator Ministro Humberto Martins. Publicação DJe 13.4.2016).

> *DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. [...] 1.* ***Em face do princípio da legalidade previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal, está a Administração Pública completamente submissa à lei, motivo pelo qual não pode dar a ela interpretação extensiva ou restritiva, de modo a conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados por mero ato de vontade divorciado da legislação vigente, se a norma assim não dispuser.*** *[...] 5. Recurso especial*

1 NASCIMENTO, Elyesley Silva do. Apud Lei nº 8.112/90. Estatuto dos Servidores Públicos Federais. 3. ed. Niterói: Impetus, 2014. p. 65.

conhecido e provido. (REsp 886.169/RS. Quinta Turma. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Publicação DJe 28.4.2008) (grifo nosso).;.

Dessome-se, então, que se a Constituição da República não traz vedação expressa à acumulação entre cargo público e delegação de serventia extrajudicial e, sobretudo, se a Lei nº 8.935/1994 somente obsta o exercício simultâneo de tais serviços estatais, não é dado à Administração Pública, extrapolando a previsão normativa, proibir que o servidor público licenciado do seu cargo, sem remuneração, exerça a delegação do serviço notarial e registral.

Nesse sentido, aliás, já decidiu este Tribunal de Justiça em caso análogo, *verbis*:

> *MANDADO DE SEGURANÇA – CANDIDATO APROVADO NO CONCURSO PARA OUTORGA DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS NOTARIAIS E REGISTRAIS – ESCOLHA DA SERVENTIA PELA ORDEM CLASSIFICATÓRIA – DIREITO DO CANDIDATO APROVADO – TITULARIDADE DE CARGO PÚBLICO PERANTE O SENADO FEDERAL, PRIVATIVO DE BACHAREL EM DIREITO – OBTENÇÃO DE LICENÇA PARA TRATO DE INTERESSE PARTICULAR, SEM REMUNERAÇÃO – PRETENSÃO DE INGRESSO NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DELEGADA DA ATIVIDADE NOTARIAL NA SERVENTIA ESCOLHIDA EM RAZÃO DA CLASSIFICAÇÃO – TITULARIDADE DA SERVENTIA QUE ESTÁ SENDO OBJETO DE MANDADO DE SEGURANÇA AJUIZADO PELO EX-TITULAR, OBJETIVANDO MANTER A DELEGAÇÃO – RISCO DE PERDA DA DELEGAÇÃO SE AQUELE MANDADO DE SEGURANÇA FOR JULGADO PROCEDENTE – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL – POSSIBILIDADE DE O CANDIDATO INGRESSAR NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DELEGADA SEM QUE VENHA A SE EXONERAR PREVIAMENTE DO CARGO JUNTO AO SENADO FEDERAL – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 25 DA LEI 78.953/94 – PROIBIÇÃO DE EXERCÍCIO SIMULTÂNEO DE FUNÇÕES CORRESPONDENTES A CARGOS DIFERENTES, AQUI NÃO VERIFICADA – LICENÇA SUFICIENTE PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DELEGADA DA ATIVIDADE NOTARIAL – ORDEM CONCEDIDA. O artigo 25 da Lei 8.953/94 proíbe o exercício simultâneo de cargo público em que o seu titular exerce a advocacia pública ou privada, aquela mediante concurso, e as funções delegadas de serviço publico de notas ou registral, o qual tem natureza jurídica de serviço público exercido em caráter privado. Se não fosse por esse dispositivo, a incompatibilidade também resultaria do artigo 28, IV, da Lei 8.906/94 – Estatuto do Advogado. Assim, se o candidato aprovado em concurso público de provas e títulos exercer a opção por uma serventia do foro extrajudicial cuja titularidade ainda esteja sub judice, por força de mandado de segurança ajuizado pelo ex-titular que combate a declaração de vacância, não se pode proibir esse candidato de exercer a escolha por essa serventia em razão da ordem de classificação no concurso, a qual passará a exercer, todavia, em caráter precário, até que haja o julgamento em definitivo daquele mandado de segurança. Por isto mesmo que o candidato deverá obter o afastamento das funções correspondentes ao cargo público de que é titular perante o Senado Federal, sem remuneração, com o que estará habilitado a exercer as funções delegadas na serventia pela qual fez a opção, até que haja o término do prazo de afastamento deferido pelo Senado Federal. Findo esse prazo o impetrante deverá exercer a opção entre se manter na titularidade da serventia para a qual foi aprovado no concurso a que se submeteu, ou manter-se no cargo de advogado junto ao Senado Federal, posto que, a partir daí, não poderá exercer as duas atividades simultaneamente, vedação constante tanto do art. 25 da Lei 8.953/94, quanto do art. 28, IV, do Estatuto do Advogado. Ordem concedida.* (Mandado de Segurança nº 1412327-60.2015.8.12.0000. Órgão Especial. Relator Des. Dorival Renato Pavan. Julgamento 17.2.2016).

Face a todo o exposto, não constatada a acumulação remunerada de cargos públicos tampouco o exercício simultâneo de cargo público com delegação de serventia extrajudicial, a ordem deve ser concedida, de modo a permitir que o impetrante inicie o exercício junto ao 2º Serviço Notarial e de Registro Civil das Pessoas Naturais, Interdições e Tutelas da Comarca de Jardim, independentemente de se exonerar do cargo que ocupa junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Posto isto, contrariando o parecer ministerial, concedo a segurança, assegurando ao impetrante o direito de entrar em exercício junto ao 2º Serviço Notarial e de Registro Civil das Pessoas Naturais, Interdições e Tutelas da Comarca de Jardim, independentemente de se exonerar do cargo que ocupa junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, enquanto estiver licenciado para tratar de interesse particular.

Sem sucumbência, nos termos legais e sumular.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (1ª Vogal)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Guilherme Vieira Gomes Neto contra ato praticado pelo Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, pelo Desembargador Corregedor-Geral do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, pelo Desembargador Presidente da Comissão do IV Concurso de Ingresso e Remoção de Serviços Notariais e Registro do MS**,** objetivando lhe seja autorizado o exercício junto ao 2º Serviço Notarial e de Registro Civil das Pessoas Naturais, Interdições e Tutelas da Comarca de Jardim, independentemente de exoneração do cargo que ocupa junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Em que pese o e. Relator estar concedendo a ordem pleiteada, tenho posicionamento firmado sobre o tema, consoante explicitado no julgamento do Mandado de Segurança n.º 1412327-60.2015.8.12.0000, onde o Des. Pavan figurou como relator designado, e do Mandado de Segurança n.º 1403029-10.2016.8.12.0000, julgado nesta sessão.

Assim é que peço vênia ao i. Relator para inaugurar a divergência, no sentido de denegar a ordem impetrada.

Isto porque possibilitar ao impetrante entrar em exercício junto à serventia da comarca de Jardim, sem que seja exonerado do cargo público que já ocupa junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, vai de encontro com o disposto no art. 25 da Lei n.º 8.935/94[2], que é taxativa ao dispor que:

> *(...)*
>
> *Das Incompatibilidades e dos Impedimentos*
>
> *Art. 25. O exercício da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia, o da intermediação de seus serviços ou o de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão.*

Assim, enquanto o impetrante integrar o quadro de servidores daquele e. Tribunal, não poderia exercer a atividade notarial e de registro sem ofender o dispositivo supracitado.

Importante salientar que a licença, mesmo não remunerada, não possui o condão excluir o impetrante daquele quadro de servidores. Neste sentido é o entendimento do CNJ sobre o assunto, senão vejamos:

> *O Conselho Nacional de Justiça, apesar de a Delegação de atividade notarial e registral não ser cargo público, ao que tudo indica possui entendimento consolidado acerca*

2 Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios)

da impossibilidade de cumulação: RECURSO ADMINISTRATIVO EM PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO (PCA) – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA – LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSE PARTICULAR – CUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS PÚBLICOS. 1. Nos termos da jurisprudência do STF e do TCU, o fato de o servidor licenciar-se, sem vencimentos, do cargo público ou emprego que exerça em órgão ou entidade da administração direta ou indireta não o habilita a tomar posse em outro cargo ou emprego público. 2. Recurso Administrativo provido. [3]

Diante do exposto, peço vênia para divergir do i. Relator e denegar a segurança pleiteada.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (2º Vogal)

Acompanho o e. Des. Relator Divoncir Schreiner Maran para, no mérito, conceder a segurança, conforme entendimento já exposto no mandado de segurança n.º 1403029-10.2016.8.12.0000, de minha relatoria.

Naquele feito, consignei:

(...)

A meu ver, não há prejuízo algum para o Estado e tampouco a cumulação indevida de cargo a permissão para que o impetrante assuma o 4º Serviço Notarial e de Registro de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de Corumbá, sem a necessidade da efetiva exoneração do cargo Analista Legislativo do Senado Federal, bastando, para a assunção, que esteja efetivamente em licença para trato de interesse particular sem remuneração, enquanto o concurso estiver sub judice.

Ora, havendo a mínima possibilidade de anulação do concurso ou a perda da serventia escolhida pelo impetrante, justifica-se seu ingresso na serventia sem a necessidade de exoneração do cargo público que ocupa no Senado Federal, bastando, para tanto, que esteja efetivamente licenciado para trato de interesse particular sem a remuneração, pois isso evitaria que o impetrante, após sua exoneração do cargo no Senado Federal e eventualmente perdida a serventia, ficasse totalmente desamparado.

Outrossim, o fato de o impetrante ingressar no cartório sem a efetiva exoneração não causará qualquer prejuízo ao Estado, porque, estando efetivamente licenciado sem remuneração, o impetrante só auferirá renda provinda da serventia que ocupar, já que a remuneração do Senado Federal estará suspensa.

De outro lado, após esgotar o prazo dessa licença para trato de interesse particular sem remuneração, deve o impetrante pedir o desligamento definitivo do cargo de Analista Legislativo do Senado Federal para continuar na serventia, sob pena de cumulação indevida de cargo.

Aliás, esse entendimento foi exarado pela Ministra Laurita Vaz, do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a liminar na Medida Cautelar n. 25.407/MS. Confira-se:

(...)

Trata-se de medida cautelar, com pedido de liminar, ajuizada por Bruno Ribeiro Guedes, visando a atribuição de efeito suspensivo ativo ao recurso especial ainda pendente de juízo de admissibilidade pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.

Consta dos autos que o Requerente impetrou mandado de segurança, perante o Tribunal de origem, visando assegurar o direito de entrar em exercício nas funções notariais na serventia extrajudicial para a qual fora aprovado em concurso público.

3 RA-PCA n.º 0001355-21.2013.2.00.0000, rel. Cons. Fabiano Silveira, j. 01/12/2014.

A liminar do mandamus foi indeferida. Manejado o agravo regimental, foi ele desprovido em acórdão assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - SERVENTIA EXTRAJUDICIAL - CONCURSO PÚBLICO - LICENÇA NÃO REMUNERADA EM OUTRO CARGO PÚBLICO - INCOMPATIBILIDADE - NÃO PROVIMENTO.

A licença não remunerada de cargo público efeito não afasta a incompatibilidade do art. 25, da Lei n.º 8.935/94, devendo o candidato demonstrar a exoneração para regular exercício da atividade notarial.

Agravo Regimental a que se nega provimento, ante a não verificação do fumus boni iuris para a concessão da tutela de urgência pretendida. (fl. 730)

Contra esse aresto, foram interpostos recurso especial e medida cautelar perante a Corte de origem. Na sequência, o Requerente ajuizou a presente cautelar, mesmo com o exame de admissibilidade do recurso especial ainda pendente.

Por meio da Petição n.º 581.524/2015 (fls. 1.464/1.468), o Requerente informa que a medida cautelar ajuizada perante o Tribunal local foi indeferida. Postula também a emenda da exordial da presente cautelar, pois, mesmo não tendo havido decisão no prazo limite para a entrada em exercício, deve ser deferida a prorrogação do aludido prazo, com base no poder geral de cautela, previsto no art. 798 do Código de Processo Civil.

Foram então os autos conclusos à Presidência do Superior Tribunal de Justiça (fl. 1.477)

É o relatório.

Decido.

De início, é de ser reconhecida a competência do Superior Tribunal de Justiça para o exame e julgamento do presente feito, ante o indeferimento da medida cautelar ajuizada na Corte de origem, ainda que pendente o recurso especial de exame de admissibilidade. É o que se colhe dos seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL. DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. LEVANTAMENTO DOS VALORES PENHORADOS. RESTABELECIMENTO DA LIMINAR. 1. O pedido de reconsideração pode ser recebido como agravo regimental. Princípios da economia processual e da fungibilidade dos recursos.

2. Indeferida a cautelar na instância de origem, exsurge a competência do STJ para a concessão de efeito suspensivo a recurso especial, mesmo que ainda não interposto, e, em caráter excepcional, quando constatado o manifesto risco de dano irreparável e inquestionável a relevância do direito, ou seja, o alto grau de probabilidade de êxito do recurso, tornando indispensável a concessão da providência pleiteada para assegurar a eficácia do resultado do recurso a ser apreciado por este Tribunal. (AgRg na MC n. 8.101/SP). Flexibilização do enunciado das Súmulas n. 634 e 635 do STF)

3. Presença de risco de dano irreparável ou de difícil reparação a justificar o restabelecimento da liminar para autorizar o levantamento dos valores retidos, independentemente de prestação de caução.

4. Agravo regimental provido. (RCD no RCD na MC 24.189/PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 12/05/2015, DJe 18/05/2015.)

PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO LIMINAR NA MEDIDA CAUTELAR. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE ADMISSIBILIDADE PELO TRIBUNAL A QUO. MEDIDA CAUTELAR PROPOSTA PERANTE A PRESIDÊNCIA DA CORTE DE ORIGEM INDEFERIDA. EXAURIMENTO DAS VIAS PRÓPRIAS. VÁCUO DE JURISDIÇÃO. NÃO APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 634 E 635/STF. DEMONSTRAÇÃO DA PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO E DO PERIGO NA DEMORA. SUBMISSÃO AO ÓRGÃO COLEGIADO, CONFORME FACULTA O ART. 288, § 2º, DO RISTJ. LIMINAR DEFERIDA. (MC 23.481/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 12/11/2014.)

De outra parte, o Superior Tribunal de Justiça tem firme entendimento no sentido de que é cabível o ajuizamento de medida cautelar destinada a atribuir efeito suspensivo ou a antecipar tutela em recurso especial ou ordinário, quando presentes os requisitos do fumus boni juris, correspondente à probabilidade de êxito do recurso, e do periculum in mora, relativo ao risco de dano grave e de difícil reparação ao direito.

No caso dos autos, em sede de cognição sumária própria do juízo liminar, entendo que há plausibilidade jurídica na pretensão do Requerente. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em casos análogos, deferiu os pedidos liminares formulados nos Mandados de Segurança n.os 27.955/DF, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, e 28.429/DF, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, autorizando os Impetrantes a entrarem em exercício nas serventias extrajudiciais escolhidas, sem a necessidade de exercer a opção entre o cargo efetivo ocupado, no período de duração da licença sem remuneração.

O entendimento lastreou-se na exegese do art. 25 da Lei n.º 8.935/94, no sentido de que a incompatibilidade do desempenho da atividade notarial e de registro refere-se apenas, e tão somente, ao exercício do cargo público.

A propósito, confira-se o seguinte trecho da decisão prolatada pela Ministra Ellen Gracie, no MS n.º 28.429/DF, in verbis:

Ressalte-se, ainda, que a Lei 8.935/94, em seu art. 25, expressamente dispõe:

Art. 25. O exercício da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia, o da intermediação de seus serviços ou o de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão. (Destaquei).

É dizer, nos termos do art. 25 da Lei 8.935/94, é incompatível a cumulação dos exercícios dessas atividades. Entretanto, consoante se infere do art. 15 da Lei 8.112/90, exercício é o efetivo desempenho das atribuições do cargo público ou da função de confiança. (destaquei).

Entendo, em juízo de delibação, que o servidor, quando se encontra em gozo de licença não remunerada para tratar de interesses particulares, não está, em verdade, a desempenhar efetivamente as atribuições do cargo público. Assim, o caso dos presentes autos não se subsume, em princípio, às hipóteses preconizadas no art. 25 da Lei 8.935/94.

[...]

Assevere-se, por fim, que o eminente Ministro Joaquim Barbosa, ao julgar o Mandado de Segurança 27.955/DF, caso igual ao presente, deferiu o pedido de liminar formulado (DJe 05.5.2009).

6. Ante o exposto, defiro o pedido de liminar para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Conselheiro Marcelo Nobre nos autos do Procedimento de Controle Administrativo 2009.10.00.003234-5, até o julgamento do mérito do presente writ.

De outra parte, o periculum in mora também se evidencia, pois o Requerente foi investido na serventia no dia 24/11/2015, possuindo o prazo de 30 (trinta) dias para entrar em exercício.

Ante o exposto, defiro o pedido de liminar para que as Autoridades Impetradas promovam a entrada em exercício do Requerente naserventia do 3.º Ofício de Notas de Dourados-MS, sem a exigência da opção pelo cargo de advogado do Senado ou pela outorga da delegação da serventia. Ressalto ainda que o exercício do Requerente fica vinculado à manutenção da licença sem vencimentos para trato de assuntos particulares.

(...)

À propósito, em caso análogo, o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça já analisou matéria idêntica e firmou entendimento no sentido de permitir a assunção de serventia extrajudicial ao indivíduo que se encontra de licença para trato de interesse particular, sem remuneração, enquanto perdurar a licença. Confira-se:

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CANDIDATO APROVADO NO CONCURSO PARA OUTORGA DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS NOTARIAIS E REGISTRAIS – ESCOLHA DA SERVENTIA PELA ORDEM CLASSIFICATÓRIA – DIREITO DO CANDIDATO APROVADO – TITULARIDADE DE CARGO PÚBLICO PERANTE O SENADO FEDERAL, PRIVATIVO DE BACHAREL EM DIREITO – OBTENÇÃO DE LICENÇA PARA TRATO DE INTERESSE PARTICULAR, SEM REMUNERAÇÃO – PRETENSÃO DE INGRESSO NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DELEGADA DA ATIVIDADE NOTARIAL NA SERVENTIA ESCOLHIDA EM RAZÃO DA CLASSIFICAÇÃO – TITULARIDADE DA SERVENTIA QUE ESTÁ SENDO OBJETO DE MANDADO DE SEGURANÇA AJUIZADO PELO EX-TITULAR, OBJETIVANDO MANTER A DELEGAÇÃO – RISCO DE PERDA DA DELEGAÇÃO SE AQUELE MANDADO DE SEGURANÇA FOR JULGADO PROCEDENTE – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL – POSSIBILIDADE DE O CANDIDATO INGRESSAR NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DELEGADA SEM QUE VENHA A SE EXONERAR PREVIAMENTE DO CARGO JUNTO AO SENADO FEDERAL – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 25 DA LEI 78.953/94 – PROIBIÇÃO DE EXERCÍCIO SIMULTÂNEO DE FUNÇÕES CORRESPONDENTES A CARGOS DIFERENTES, AQUI NÃO VERIFICADA – LICENÇA SUFICIENTE PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DELEGADA DA ATIVIDADE NOTARIAL – ORDEM CONCEDIDA.

O artigo 25 da Lei 8.953/94 proíbe o exercício simultâneo de cargo público em que o seu titular exerce a advocacia pública ou privada, aquela mediante concurso, e as funções delegadas de serviço publico de notas ou registral, o qual tem natureza jurídica de serviço público exercido em caráter privado.

Se não fosse por esse dispositivo, a incompatibilidade também resultaria do artigo 28, IV, da Lei 8.906/94 Estatuto do Advogado.

Assim, se o candidato aprovado em concurso público de provas e títulos exercer a opção por uma serventia do foro extrajudicial cuja titularidade ainda esteja sub judice, por força de mandado de segurança ajuizado pelo ex-titular que combate a declaração de vacância, não se pode proibir esse candidato de exercer a escolha por essa serventia em razão da ordem de classificação no concurso, a qual passará a exercer, todavia, em caráter precário, até que haja o julgamento em definitivo daquele mandado de segurança.

> *Por isto mesmo que o candidato deverá obter o afastamento das funções correspondentes ao cargo público de que é titular perante o Senado Federal, sem remuneração, com o que estará habilitado a exercer as funções delegadas na serventia pela qual fez a opção, até que haja o término do prazo de afastamento deferido pelo Senado Federal.*
>
> *Findo esse prazo o impetrante deverá exercer a opção entre se manter na titularidade da serventia para a qual foi aprovado no concurso a que se submeteu, ou manter-se no cargo de advogado junto ao Senado Federal, posto que, a partir daí, não poderá exercer as duas atividades simultaneamente, vedação constante tanto do art. 25 da Lei 8.953/94, quanto do art. 28, IV, do Estatuto do Advogado.*
>
> *Ordem concedida.* (Mandado de Segurança - Nº 1412327-60.2015.8.12.0000 - Tribunal de Justiça - Relator designado – Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan -Órgão Especial – TJ/MS).

Portanto, no caso em análise, também, não vejo como considerar cumulação indevida de cargos enquanto o impetrante estiver licenciado, sem remuneração, devendo optar, ao término deste prazo, por um deles.

O Sr. Des.Carlos Eduardo Contar. (3º Vogal)

Acompanho o voto da 1ª Vogal.

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

Acompanho o voto da 1ª Vogal.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimental. (5º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (6º Vogal)

Em consonância ao entendimento já exarado por mim no julgamento do Mandado de Segurança n. 1412327-60.2015.8.12.0000 em 17 de fevereiro de 2016 perante esse mesmo Órgão Especial em caso idêntico ao ora em apreço, comungo do voto do ilustre relator para conceder a segurança, eis que a matéria de fato e de direito me parece isenta de dúvidas.

Consta do caderno processual que o impetrante foi aprovado em 72ª lugar para as vagas regulares (f. 59) no IV Concurso de Ingresso e Remoção a Serviços Notariais e de Registro do Estado de Mato Grosso do Sul, tendo escolhido o 2º Serviço Notarial e de Registro Civil das Pessoas Naturais, na audiência realizada no dia 25 de fevereiro de 2016.

Acostou cópia da decisão proferida no Processo Administrativo n. 9.572/2016 (f. 61-62) em que requereu Licença para tratar de interesses particulares, com base no artigo 91 da Lei n. 8.112/1990, razão por que pleiteou a segurança, combatendo o item 21 do Edital 02/2015 (f. 91), para entrar em exercício perante o cartório escolhido sem a necessidade de apresentar protocolo de pedido de exoneração do cargo que titulariza no Tribunal de Justiça do Distrito Federal desde que se mantenha licenciado.

As autoridades coatoras prestaram as informações de estilo às f. 137-145, no que foram ratificadas pelo Estado de Mato Grosso do Sul às f. 175, pugnando pela denegação da ordem.

Pois bem.

Ciente da *quaestio iuris* debatida, entendo aplicável uma lição muito importante exarada pelo Professor Kazuo Watanabe quando se instituiu a antecipação de tutela no direito processual civil, nos idos de 1994, ocasião em que o notável professor consignou com grande maestria que as novas categorias que surgem no Direito, como aquela que estava então surgindo, para que pudesse ganhar a efetividade esperada pelo legislador era essencial que houvesse também uma mudança de mentalidade do operador do Direito, que ele aprendesse o teor do que vinha de novo e pudesse aplicar, dando a efetividade à almejada também pelo jurisdicionado.

O eminente professor assim expressamente fez consignar[4]:

> *É de fundamental importância a mudança de mentalidade que seja capaz de rever as categorias, conceitos e princípios estratificados na doutrina dominante, pois somente assim poderão ser extraídas desses dispositivos todas as consequências possíveis para a modernização do nosso processo civil.*

Parece-me que é exatamente esta a hipótese. Aqui também há de se rever essas categorias, conceitos e princípios estratificados na doutrina dominante como forma de extrair dos dispositivos regulamentadores da matéria todas as consequências possíveis, esperadas pelo jurisdicionado, com aptidão para obter a satisfação de do direito material posto sob o crivo do Judiciário.

Começa-se pela constatação de que a titularização de candidato aprovado para a serventia do foro extrajudicial dos serviços notariais e de registro não exerce cargo público, mas sim uma função delegada do Poder Público, em caráter privado, inclusive sujeito ao regime previdenciário da Previdência Social e não da previdência do Estado do membro da federação. Já no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, com efeito, o impetrante exerce um cargo público, em que foi aprovado também por concurso público.

O estudo que se tem de fazer, assim, é a incompatibilidade do exercício de uma função e um cargo público, simultaneamente, e essa simultaneidade é que representa, a meu modo de ver, a verdadeira questão a ser enfrentada por este Tribunal, para se estabelecer a possibilidade, ou não, de o impetrante exercer a função delegada ao mesmo tempo em que ainda mantém o cargo público no Senado Federal, de cujo exercício se encontra afastado para trato de interesse particular, sem remuneração.

Observa-se que autor da presente ação mandamental está afastado para trato de licença particular. Por consequência do pedido de afastamento, aferimos então que ele não está no exercício da função perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

O artigo 25 da Lei 8.953/1994, que é o dispositivo legal que deve ser aqui devidamente interpretado para se apurar se o impetrante tem ou não o direito líquido e certo de manter-se à frente da serventia por ele escolhida e na qual já entrou em exercício em razão de liminar concedida no Superior Tribunal de Justiça, estabelece:

> *Art. 25. O exercício da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia, o da intermediação de seus serviços ou o de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão.*
>
> *§ 1º (Vetado).*
>
> *§ 2º. A diplomação, na hipótese de mandato eletivo, e a posse, nos demais casos, implicará no afastamento da atividade.*

4 KAZUO WATANABE. *Tutela Antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC).* In Reforma do Código de Processo Civil. Coordenação Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Editora Saraiva. 1996. p. 48.

O dispositivo me parece bem claro em dizer que a incompatibilidade imaginada pela douta autoridade coatora não se dá pelo fato de ser ele titular de um cargo público junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal, mas sim pelo exercício desse cargo simultaneamente ao exercício da atividade notarial e de registro.

Essa intelecção é bem expressiva no dispositivo transcrito, de tal sorte que se o impetrante está afastado – vale dizer, não está em exercício naquele cargo – para trato por interesses particular, pelo prazo de 3 (três) anos (f. 61-62), segundo atesta decisão do eminente Presidente daquela Corte, de modo que não incorre na vedação prevista no referido art. 25 da Lei 8.953/1994.

É verdade que o vínculo existente junto ao Tribunal não é desfeito porque o autor não está exonerado do cargo, mas sim dele afastado. Esse afastamento, inclusive, o impede de exercer a advocacia, mas não o impede de entrar em exercício no cargo de oficial do serviço notarial (2º Serviço Notarial e de Registro Civil das Pessoas Naturais), porque a lei veda, como se viu, o exercício simultâneo.

A douta Ministra Laurita Vaz, quando deferiu a liminar na Medida Cautelar n. 25.407-MS, em caso advindo do mesmo concurso público, autorizou a entrada em exercício do candidato, sinalizando de uma forma muito clara que há aqui uma condição para o exercício das funções correspondentes ao cargo para o qual ele fora aprovado agora, consistente, por primeiro, no fato de que deve ele manter a licença não remunerada (o que já ocorre) e, segundo, se convocado e após finda a licença, aí sim ele deve fazer a opção: ou de retornar ao cargo licenciado ou manter-se na serventia.

A propósito, o teor da decisão retro mencionada:

> *No caso dos autos, em sede de cognição sumária própria do juízo liminar, entendo que há plausibilidade jurídica na pretensão do Requerente. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em casos análogos, deferiu os pedidos liminares formulados nos Mandados de Segurança n.os 27.955/DF, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, e 28.429/DF, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, autorizando os Impetrantes a entrarem em exercício nas serventias extrajudiciais escolhidas, sem a necessidade de exercer a opção entre o cargo efetivo ocupado, no período de duração da licença sem remuneração.*
>
> *O entendimento lastreou-se na exegese do art. 25 da Lei n.º 8.935/94, no sentido de que a incompatibilidade do desempenho da atividade notarial e de registro refere-se apenas, e tão somente, ao exercício do cargo público.*
>
> *A propósito, confira-se o seguinte trecho da decisão prolatada pela Ministra Ellen Gracie, no MS n.º 28.429/DF, in verbis:*
>
> *Ressalte-se, ainda, que a Lei 8.935/94, em seu art. 25, expressamente dispõe: 'Art. 25. O exercício da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia, o da intermediação de seus serviços ou o de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão' (Destaquei).*
>
> *É dizer, nos termos do art. 25 da Lei 8.935/94, é incompatível a cumulação dos exercícios dessas atividades. Entretanto, consoante se infere do art. 15 da Lei 8.112/90, 'exercício é o efetivo desempenho das atribuições do cargo público ou da função de confiança' (destaquei).*
>
> *Entendo, em juízo de delibação, que o servidor, quando se encontra em gozo de licença não remunerada para tratar de interesses particulares, não está, em verdade, a desempenhar efetivamente as atribuições do cargo público. Assim, o caso dos presentes autos não se subsume, em princípio, às hipóteses preconizadas no art. 25 da Lei 8.935/94. [...] Assevere-se, por fim, que o eminente Ministro Joaquim Barbosa, ao julgar o Mandado de Segurança 27.955/DF, caso igual ao presente, deferiu o pedido de liminar formulado (DJe 05.5.2009).*

> *6. Ante o exposto, defiro o pedido de liminar para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Conselheiro Marcelo Nobre nos autos do Procedimento de Controle Administrativo 2009.10.00.003234-5, até o julgamento do mérito do presente writ.*
>
> *De outra parte, o periculum in mora também se evidencia, pois o Requerente foi investido na serventia no dia 24/11/2015, possuindo o prazo de 30 (trinta) dias para entrar em exercício. Ante o exposto, DEFIRO o pedido de liminar para que as Autoridades Impetradas promovam a entrada em exercício do Requerente na serventia do 3.º Ofício de Notas de Dourados-MS, sem a exigência da opção pelo cargo de advogado do Senado ou pela outorga da delegação da serventia. Ressalto ainda que o exercício do Requerente fica vinculado à manutenção da licença sem vencimentos para trato de assuntos particulares.* (g.n.)

Além disso, há um outro aspecto relevante a ser considerado, consistente na constatação de que o que a Constituição Federal veda – e por extensão a Lei n. 8.953/1994 - é a acumulação de cargos públicos, já havendo o Supremo Tribunal Federal decidido que os serviços notariais e de registro não se enquadram na categoria de cargo público, mas sim uma delegação de um serviço público, exercido em caráter privado e, assim, privada também a sua natureza, o que esvazia qualquer tentativa de querer enquadrar o impetrante no disposto no art. 25 da Lei 8.953/1994, raciocínio que foi aquele desenvolvido pela divergência, da qual estou respeitosamente divergindo.

Com efeito, no julgamento da ADI n. 2.602/MG, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO N. 055/2001 DO CORREGEDOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. NOTÁRIOS E REGISTRADORES. REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. INAPLICABILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/98. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EM CARÁTER PRIVADO POR DELEGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA AOS SETENTA ANOS. INCONSTITUCIONALIDADE.
>
> ***1. O artigo 40, § 1º, inciso II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC 20/98, está restrito aos cargos efetivos da União, dos Estados-membros , do Distrito Federal e dos Municípios --- incluídas as autarquias e fundações.***
>
> ***2. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público --- serviço público não-privativo.***
>
> ***3. Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado artigo 40 da CB/88 --- aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade. 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.***
>
> ***Decisão***
>
> *Após o voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Relator), que julgava improcedente a ação, e do voto do Senhor Ministro Eros Grau, julgando-a procedente, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Carlos Britto.*
>
> *Falou pela requerente o Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 11.11.2004.*
>
> *Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Carlos Britto, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 17.02.2005.*

> *Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade do Provimento nº 55/2001, do Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, vencido o Senhor Ministro Joaquim Barbosa (Relator). Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Eros Grau. Ausentes, justicadamente, os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello e Gilmar Mendes. Plenário, 24.11.2005.* (g.n.)

Nessa decisão o Supremo Tribunal Federal não deixou também margem a dúvidas: "*Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público - serviço público não-privativo".*

Nessa ação direta de inconstitucionalidade discutia-se provimento da Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que expressava a determinação de fiscalização do implemento de idade (70 anos) para os titulares da serventia, a partir de quando seria considerada vaga a serventia e colocada em concurso. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ação direta de inconstitucionalidade, entendendo que, nos termos do art. 236 da Constituição Federal os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público, constituindo-se em uma categoria própria, tal como outras diversas categorias que foram muito bem pensadas e elaboradas no magistral voto dado pelo Min. Ayres Brito, a que faço remissão.

Logo, também por este motivo, entendo que a ordem deva ser concedida, presente o direito líquido e certo do impetrante de se manter na titularidade e no exercício de uma *I* de serviço público, em caráter privado, até o vencimento do período de seu afastamento no cargo público de que é titular junto ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Findo esse período, o autor deverá exercer a opção entre manter-se no cargo junto ao Tribunal ou titularizar em definitivo o serviço notarial por ele escolhido.

É que, a despeito de não exercer *I*, mas delegação de um serviço público que tem a peculiar natureza de ser atividade privada (embora o serviço desempenhado seja público), realmente existirá incompatibilidade entre o exercício das duas funções simultaneamente.

O impetrante não poderá atuar no Tribunal de Justiça do Distrito Federal, nem mesmo poderia advogar privativamente, e exercer – simultaneamente - a função delegada de serviço público notarial. Aí o claro impedimento resultante do texto da lei e da natureza das funções desempenhadas na função delegada e no cargo público.

Não havendo esse exercício simultâneo, induvidosamente o impetrante poderá exercer a titularidade da serventia escolhida, mesmo porque não exercerá cargo, mas função, como resulta do julgamento da ADI referida, no Supremo Tribunal Federal.

Diante desse contexto, acompanho o ilustre relator para julgar procedente o pedido contido na inicial, concedendo a segurança, de modo a tornar definitiva a medida de urgência deferida às f. 128-130.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (7º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (8º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (9º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (10º Vogal)

Acompanho o voto do 1° vogal.

O Sr. Des.Claudionor Miguel Abss Duarte. (11º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar, com o parecer. Por maioria, contra o parecer, concederam a segurança, nos termos do voto do relator, vencida a Desª.Tânia Garcia de F. Borges e os Des. Carlos Eduardo Contar, Sérgio F. Martins, Julio Roberto S. Cardoso e Claudionor Miguel A. Duarte que denegavam.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1412209-50.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Divoncir Schreiner Maran

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DE NOVOS ADVOGADOS PELO EXECUTADO DIANTE DA RENÚNCIA DE SEUS ANTIGOS PATRONOS – INÉRCIA DA PARTE – AUSÊNCIA DE NULIDADE – INTIMAÇÃO DO ANTIGO ADVOGADO – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO E, POR CONSEQUÊNCIA, NULIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, se o advogado cientificou o demandante da renúncia do mandato, e este se manteve inerte e não constituiu outro causídico para representá-lo nos autos, resta a esse assumir o risco de sua inércia, sob pena do decurso de prazo, independentemente de intimação, contra a parte que não diligenciou em regularizar a sua representação. (AgRg no Ag 666.835/MS)

Essa orientação se aplica, inclusive quando se tratar da intimação para o cumprimento de sentença. (AgRg no AREsp 197.118/MS)

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 13 de dezembro de 2016.

Des. Divoncir Schreiner Maran – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

Banco do Brasil S.A. agrava da decisão, proferida nos autos do cumprimento de sentença contra si proposto pelo Espólio de Antonio Mendes Canale, que julgou improcedente a impugnação apresentada às fls. 592-596.

Argumenta, em síntese, que a intimação do procurador da instituição financeira se deu de maneira equivocada, vez que já havia constituído um novo procurador na ação de execução.

Afirma que o antigo procurador Dr. Gustavo Amato Pissini, OAB nº 12.473-A, renunciou o seu mandado no dia 14.03.2016, razão porque o juiz *a quo* deveria ter suspendido o processo e designado prazo razoável para que o agravante suprisse o vício da representação processual, conforme dispõe o artigo 76, do novo Código de Processo Civil.

Assevera que *"mesmo não ocorrendo a intimação para a regularização processual, foi constituído um novo procurador, conforme procuração inclusa dia 21.07.2016 de acordo com a fl. 935 da execução."* (fls. 05)

Esclarece que mesmo após a renúncia, o exequente adentrou com o cumprimento de sentença no dia 31.05.2016, sendo o agravante intimado no dia 20.07.2016 através do seu antigo procurador Dr. Gustavo Amato Passini, decorrendo no dia 09.08.2016 o prazo legal para o pagamento da condenação.

Defende, então, que *"além da parte não ser intimada para a regularização processual, não ocorreu à publicação correta do ato pela imprensa oficial, gerando nulidade do ato e prejuízo para a parte Agravante, uma vez que não teve ciência dos atos e termos do processo conforme dispõe os artigos 269 e 272 § 2º do Novo Código de Processo Civil"*. (fls. 06)

Ao final, pugna pelo provimento do recurso para que seja reconhecida a nulidade da intimação, determinando-se o regular prosseguimento do feito executivo.

Recebido o recurso no efeito devolutivo, foi determinada a intimação do agravado para, querendo, responder no prazo legal (fls. 638-639).

Resposta do agravado às fls. 674-683, pelo não provimento do recurso.

Às fls. 684 foi indeferido o pedido de reconsideração da decisão de fls. 638-639, quanto ao requerimento de atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

VOTO

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

A questão cinge-se em verificar a validade ou não da publicação de intimação do agravante para que cumprisse voluntariamente a sentença condenatória no prazo de 15 (quinze) dias (art. 523, *caput*, NCPC), ou apresentasse nos 15 (quinze) dias seguintes a impugnação ao cumprimento de sentença prevista no artigo 525, *caput*, do novo Código de Processo Civil.

Colhe-se dos autos de origem que o exequente propôs o presente cumprimento de sentença no dia 31.05.2016, objetivando a intimação do executado para que, no prazo legal, cumprisse a sentença condenatória, pagando a importância de R$ 1.621.909,96 (um milhão e seiscentos e vinte um mil e novecentos e nove reais e novena e seis centavos). (fls. 01-08)

Recebido o pedido de cumprimento de sentença pelo magistrado *a quo* no dia 11.06.2016, foi determinada a intimação do executado através de seu patrono, para que, em 15 dias, cumprisse a sentença condenatória sob pena de multa de 10% sobre o valor atualizado da dívida (art. 523, § 1º, do CPC), e de penhora de quantos bens bastassem à sua garantia. Além disso, foi fixado para a fase de cumprimento de sentença, honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o valor atualizado do débito (fls. 589).

Mencionada decisão foi publicada no Diário Oficial nº 3.618, do dia 19.07.2016, em nome dos advogados Claudionor Duarte Neto e Gustavo Amato Pissini, com início do prazo no dia 20.07.2007, findando-se em 09.08.2016 (fls. 590).

Em seguida, foi certificado pelo Cartório da Vara de origem que no dia 09.08.2016, decorreu o prazo legal da decisão de fls. 589, sem que o executado apresentasse manifestação.

Ato seguinte, o executado compareceu aos autos na data de 16.08.2016, alegando a nulidade da publicação de fls. 591, ao argumento de que o antigo procurador da instituição financeira Dr. Gustavo Amato Pissini renunciou o mandato no dia 14.03.2016, pelo que teria constituído novo procurador em 21.07.2016.

Adveio, por conseguinte, a decisão agravada rejeitando a nulidade arguida pelo executado, sob o fundamento de que não foi comunicada formalmente nos autos principais nº 0000118-24.1996.8.12.0028, a renúncia do patrono Dr. Gustavo Amato Pissini para que pudesse obstar a realização de atos processuais futuros em seu nome.

Consignou também que não obstante a petição protocolada em 17.03.2016, com a informação de que teria sido repassada a outro representante a condução processual, não trouxe aos autos os instrumentos de substabelecimento, de notificação do mandante da procuração ou outro documento que demonstrasse a efetiva renúncia e constituição de novo patrono.

Feita essa breve e necessária digressão, entendo que a decisão recorrida merece ser mantida, porquanto não vejo irregularidades no ato de intimação do executado.

Como bem pontuado pelo magistrado de primeiro grau, apensar do executado ter noticiado em 17.03.2016 que a condução do feito teria sido repassada a outro procurador, não foi juntada nos autos nenhum instrumento de procuração/substabelecimento sem reserva de poderes, nem a notificação de renúncia do antigo procurador para a instituição financeira, ou outro documento apto que demonstrasse tal fim, de modo que, o exequente, ao aparelhar o presente cumprimento de sentença, pudesse ter informado corretamente o nome dos atuais causídicos do executado para fins de intimação/cumprimento da obrigação.

Desse modo, a intimação realizada no Diário Oficial de Justiça nº 3.618, em nome do advogado Gustavo Amato Pissini, deve ser reputada plenamente válida, até porque o artigo 114 do novo Código de Processo Civil estabelece que:

> *Art. 112. O advogado poderá renunciar ao mandado a qualquer tempo, provando, na forma prevista neste Código, que comunicou a renúncia ao mandante, a fim de que este nomeie sucessor.*

Demais disso, é assente o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a renúncia ao mandato, devidamente notificada ao mandante, resultará em prosseguimento dos processos e do prazo independentemente de intimação, se novo procurador não for constituído.

À propósito:

> *AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - INTIMAÇÃO PARA CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - ADVOGADO QUE RENUNCIOU AO MANDATO TENDO COMUNICADO À PARTE - PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO INDEPENDENTEMENTE DE INTIMAÇÃO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. 1.- Na linha dos precedentes desta Corte, o artigo 45 do Código de Processo Civil constitui regra específica que afasta a incidência subsidiária do comando inserto no artigo 13 do mesmo diploma.* ***Dessa maneira, tendo o advogado renunciado ao mandato e comunicado esse fato ao mandatário, cumpriria a este providenciar a constituição de novo patrono, sem o que os prazos processuais correm independentemente de intimação****. 2.-* ***Essa orientação***

> ***se aplica, inclusive quando se tratar da intimação para cumprimento da sentença, prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil****. 3.- Agravo Regimental a que se nega provimento.* (AgRg no AREsp 197.118/MS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 20/09/2012, DJe 09/10/2012) (g.n.)
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. ADVOGADO. RENÚNCIA AO MANDATO DEVIDAMENTE NOTIFICADA AO MANDANTE. AUSÊNCIA DE NOVO PROCURADOR. PROSSEGUIMENTO DO PROCESSO E DOS PRAZOS INDEPENDENTEMENTE DE INTIMAÇÃO. 1. [...] 2.* ***A renúncia ao mandato, devidamente notificada ao mandante, resultará em prosseguimento dos processos e do prazo independentemente de intimação, se novo procurador não for constituído****. 3. Agravo regimental não provido.* (AgRg no Ag 666.835/MS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 15/03/2012, DJe 21/03/2012) (g.n.)

No mesmo sentido, é o entendimento desta Corte:

> *APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA - NULIDADE DE ATOS PROCESSUAIS NOS AUTOS DE AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - ADJUDICAÇÃO DE IMÓVEL - AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DE NOVOS ADVOGADOS PELO EXECUTADO DIANTE DA RENÚNCIA DE SEUS ANTIGOS PATRONOS - INÉRCIA DA PARTE - AUSÊNCIA DE NULIDADE - INTIMAÇÃO DO ANTIGO ADVOGADO - INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO E, POR CONSEQUÊNCIA, NULIDADE - DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO ADVOGADO QUANTO À ADJUDICAÇÃO - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL - ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DO IMÓVEL - BEM DE FAMÍLIA - AUSÊNCIA DE PROVA - ÔNUS DO AUTOR - RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I -* ***Se o advogado cientificou o demandante da renúncia do mandato, conforme narrado na inicial, e este se manteve inerte e não constituiu outro causídico para representá-lo nos autos, resta a esse assumir o risco de sua inércia, sob pena do decurso de prazo, independentemente de intimação, contra a parte que não diligenciou em regularizar a sua representação****. Precedentes do STJ. [...]* (Relator(a): Des. Marco André Nogueira Hanson; Comarca: Camapuã; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 11/08/2014; Data de registro: 14/08/2014) (g.n.)

Portanto, se o agravado foi devidamente notificado da renúncia de seu procurador Dr. Gustavo Amato Pissini no dia 14.03.2016 e, por motivos alheiros, preferiu manter-se inerte até a data de 21.07.2016, ou seja, quase 4 (quatro meses) para que constituísse novos advogados, deve o agravado responder por sua inércia, de modo que os prazos processuais correram independente de sua intimação.

Assim, decorrido o prazo processual para pagamento voluntário em 09.08.2016, iniciou-se em 10.08.2016 o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora e nova intimação, apresentasse, nos próprios autos, sua impugnação (art. 525, *caput*, NCPC).

E como até a data de 01.09.2016 não foi apresentada pelo agravado a impugnação ao cumprimento de sentença, deve ser reconhecida, destarte, a preclusão do ato processual.

Irretorquível, portanto, a decisão recorrida.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 13 de dezembro de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0104201-26.2006.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS DECORRENTES DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS – TRANSFERÊNCIA E APROPRIAÇÃO DE *KNOW-HOW* SEM AUTORIZAÇÃO – LAUDO PERICIAL – AGRAVO RETIDO QUE ATACA A NOMEAÇÃO DO PERITO POR FALTA DE CAPACIDADE TÉCNICA – AGRAVO RETIDO IMPROVIDO.

Se o objeto da perícia é constatar se houve ou não violação do direito de propriedade industrial e intelectual registrado em nome da autora no INPI, consistente em solução tecnológica por ela criado para ser utilizada na sistemática de impressão, distribuição e controle da emissão de documentos fiscais e demais formulários usados pelos contribuintes e órgãos arrecadadores que contratarem sua aplicação, o perito deve recair sobre quem tem formação em analista de sistema, e não com formação em direito de propriedade intelectual, eis que apenas *expert* com tal formação poderá aferir se referida violação, em termos objetivos, ocorreu ou não. A alegação de que o perito deveria ter formação em direito de propriedade intelectual carece de fundamento, eis que o perito apura os fatos sobre os quais o juiz não tem conhecimento técnico e ao juiz cabe dizer o direito aplicável à espécie, tarefa que é de sua exclusiva competência e não do perito.

Agravo retido improvido.

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* – LEGITIMIDADE DE PARTE AFERIDA *IN STATUS ASSERTIONIS* – REJEITADA.

A aferição da legitimidade da parte é feita *in status assertionis*, de tal forma que se dos fatos narrados na inicial se puder concluir que, em tese, os indicados no polo passivo poderão suportar os efeitos de uma eventual sentença de procedência da pretensão deduzida na inicial, tal já se revela suficiente para manter o polo passivo.

A questão de ser procedente ou não o pedido, no todo ou em parte, depende do exame da relação jurídica expressada na inicial e do ato praticado pelo sujeito passivo, este sim o mérito da demanda.

Preliminar rejeitada.

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – ALEGAÇÃO, PELOS RÉUS, DE QUE O PERITO DEIXOU DE RESPONDER A CINCO QUESITOS COMPLEMENTARES FORMULADOS PELA DEFESA, MAS O MAGISTRADO JULGOU O FEITO SEM QUE O PERITO EFETIVAMENTE RESPONDESSE A TAIS QUESITOS – COMPLEMENTAÇÃO DESNECESSÁRIA À VISTA DOS EXPRESSOS E CLAROS TERMOS DA PERÍCIA – ELEMENTOS SUFICIENTES PARA PERMITIR O JULGAMENTO DA LIDE SEM A RESPOSTA A REFERIDOS QUESITOS – APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO DISPOSTO NO ARTIGO 420, PARÁGRAFO ÚNICO, II, DO CPC DE 1973, APLICÁVEL À ESPÉCIE – QUESITOS COMPLEMENTARES DESNECESSÁRIOS À VISTA DO TEOR DO LAUDO PERICIAL E DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS CONTIDOS NOS AUTOS – POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DO MÉRITO SEM TAIS ESCLARECIMENTOS – CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE – PRELIMINAR REJEITADA.

Constante dos autos elementos contidos na perícia que são suficientes para formar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia sem que o perito prestasse esclarecimentos sobre quesitos complementares, os quais foram então dispensados pelo juiz do feito, até mesmo tendo em vista o teor do conjunto probatório constante do caderno processual.

Preliminar rejeitada.

MÉRITO – DIREITO CIVIL – PROPRIEDADE INTELECTUAL DESENVOLVIMENTO PELA AUTORA DE SISTEMA DE COMPUTADOR (*SOFTWARE*) DENOMINADO SISTEMA NOTA CONTROL – LEI 9.609/98 – CONTRATO CELEBRADO COM A PRIMEIRA RÉ – TRANSFERÊNCIA INDEVIDA DO SISTEMA DE GESTÃO A TERCEIROS SEM AUTORIZAÇÃO DA AUTORA – EX GERENTES DA RÉ ENCARREGADOS DE EXECUÇÃO DO PROGRAMA QUE APROPRIARAM DO *KNOW-HOW*, CONSTITUÍRAM OUTRA EMPRESA E DESENVOLVERAM SISTEMA IDÊNTICO PASSANDO A FAZER CONCORRÊNCIA COM O PRODUTO DA AUTORA – ILÍCITO CONTRATUAL PRATICADO PELA PRIMEIRA RÉ – ILÍCITO CIVIL PRATICADO PELOS DEMAIS RÉUS (ARTIGOS 186 E 927 DO CÓDIGO CIVIL – DEVER DE INDENIZAR – PEDIDO JULGADO PROCEDENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS IMPROVIDOS.

O programa de computador está protegido pela Lei 9.609/98, bem como pela Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98). Criação, pela autora, de programa de computador que permitia o controle da arrecadação municipal e melhoria da fiscalização tributária, celebrando contrato com a ré para que esta pudesse participar de concorrências públicas e implantasse o sistema nos municípios onde viesse a se sagrar vencedora. Direitos autorais decorrentes da criação da obra protegidos pelas Leis 9.609/98 e 9.610/98.

Promovida a transferência de seu *know-how* para a empresa ré, inclusive com entrega do código-fonte para que pudesse promover as atualizações necessárias no programa e adaptações aos casos concretos dos municípios, tem ela o dever de guardar sigilo sobre o sistema operacional, em obediência ao direito autoral advindo da criação do programa com aquele com quem celebrou o contrato.

Se a empresa ré, à revelia da autora, transfere parte do sistema a outra empresa, ainda que mencione ser apenas do sistema de gestão, sem trespasse do código-fonte do programa, e, outrossim, se se constata que essa transferência se deu a uma empresa criada por dois ex gerentes seus, que tinham o encargo da execução do sistema original, junto à autora, perante os municípios com quem contratavam, os quais vieram a desenvolver programa similar e passar a concorrer com a autora no mercado, revela-se a ocorrência de ofensa aos direitos autorais da empresa requerente, sujeito os réus à respectiva indenização.

Caso específico em que esses dois funcionários da primeira ré, que por alguns anos, na execução do sistema denominado nota control, tomaram conhecimento de toda rotina e funcionamento do programa, tendo inclusive autorização para promover atualizações no sistema operacional e, assim, com possibilidade ampla de leitura do código-fonte e bases do sistema operacional criado, empregando o conhecimento adquirido na criação de programa próprio.

Não se trata, no caso, de proteção de uma ideia, mas sim de uma tecnologia, de um *know-how* que era detido pela autora com solução inovadora no sistema de controle da arrecadação tributária municipal e que foi obtido pelas corrés pelo constante gerenciamento do programa desenvolvido, em relação ao qual, por respeito ao direito autoral, deveriam ter se abstido de criar programa idêntico, para o mesmo fim e concorrentemente com a autora.

Assim tendo ocorrido, não poderiam esses corréus criarem nova empresa, com idêntico fim social e com desenvolvimento de programa no mesmo sentido daquele criado pela autora, tornando-se sua concorrente no mercado, em verdadeira concorrência desleal, fato permitido pela primeira ré, contratante originária que, à revelia da autora, celebrou com essa empresa contrato em que transferiu a gestão operacional das centrais instaladas.

A gestão operacional, confessadamente ocorrida, ao par da gestão já executada pela primeira ré através de seus dois funcionários, aqui também corréus, permitiu que o código-fonte do programa da autora pudesse servir de piloto para criação de programa idêntico, ainda que escrito em forma diferente e em outra linguagem, tanto que, pela perícia apurada, havia grande semelhança até mesmo nas linhas entre um código-fonte e outro.

Comprovada a transferência desautorizada de *know-how*, o que não se deu por via contratual, mas por via de fato pelo acesso constante ao programa inovador criado pela autora, bem como violação de cláusulas contratuais que previam a intransferibilidade do mesmo, resta caracterizada a responsabilidade e o dever de indenizar.

Há, no caso, ato ilícito, nos termos dos artigos 186 e 927 do Código Civil/02.

Nas ações de indenização decorrentes de violação da propriedade intelectual necessita de comprovação do prejuízo para que se caracterize o dever de indenizar.

A condenação deve ser limitada, todavia, ao prejuízo efetivamente obtido pelo dono da obra intelectual, sob pena de enriquecimento sem causa.

Recursos das rés conhecidos e improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao agravo retido, rejeitar as preliminares, no mérito, negar provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 15 de fevereiro de 2017.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de dois recursos de apelação cível interpostos por Benefix Sistemas e Gestão de Negócios Ltda, Antônio José da Silva Girundi, Paulo Gabriel Ferrera Lage (fls. 1.54-1.570) e Xerox Comércio e Indústria Ltda (fls. 1.543, 1.575-1.604), insurgindo-se contra a sentença de fls. 1.512-1.522 proferida pelo douto juiz da 5ª vara cível, Drº Geraldo de Almeida Santiago que, nos autos da ação de indenização por danos materiais ajuizada por Nota Control Tecnologia Ltda, julgou procedentes os pedidos deduzidos na inicial, condenando os apelantes ao pagamento de indenização por danos materiais, bem como ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Extrai-se dos autos que a apelada ajuizou a presente demanda, alegando, em síntese, que no dia 19/04/2000 celebrou com a apelante Xerox um instrumento particular de cessão de uso de sistema de computador e transferência de *know-how*, o qual foi objeto de dois aditamentos, todos assinados pelo apelante Antonio José da Silva Girundi, na qualidade de representante da apelante Xerox.

Referido contrato, com prazo de 10 (dez) anos e com exclusividade para municípios com mais de 150.000 habitantes, teve como objeto a cessão de uso de um sistema de computador, registrado no INPI, em 07/06/1999, chamado Sistema Nota Control, além da transmissão de *know-how* (conhecimentos sobre serviços de planejamento, implantação, gerência, administração e controle) para operacionalizar o sistema ora cedido.

Com a assinatura do contrato, o sistema passou a se denominar Sistema Xerox Nota Control. Como contraprestação, a apelada receberia da apelante Xerox, a título de *royalties*, 10% do faturamento mensal.

Em janeiro de 2004, foi celebrado entre a apelante Xerox e a apelante Benefix, nova empresa constituída pelos apelantes Antonio José da Silva Girundi e Gabriel Ferreira Lage, um contrato de prestação de serviços de gestão operacional do Sistema Nota Control, de forma que a apelada Nota Control, proprietária do referido sistema, se opôs, alegando violação das cláusulas contratuais 7.16 e 7.17, que dispõem sobre a intransferibilidade do sistema para terceiros, exceto no caso de práticas existentes no mercado, tais como, *franchise*, licenciamento de concessionários para a exploração do negócio, o que a apelada alega não ter ocorrido no caso em tela.

Assim, a apelada afirma que houve violação ao direito de propriedade industrial e intelectual sobre o Sistema Nota Control, uma vez que a apelante Benefix se tornou concorrente direta da apelada-autora, beneficiando-se de todo o conhecimento adquirido pelos apelantes Antonio e Gabriel, ex-funcionários da apelante Xerox, que detinham todo o *know-how* necessário para desenvolver e implantar o referido sistema.

Decisão saneadora às fls. 1.090-1.093 afastou preliminares levantadas e determinou realização de perícia para verificar se houve ou não a transferência de *know-how* do Sistema Nota Control.

Laudo pericial acostado às fls. 1.290-1.365.

Laudo pericial complementar às fls. 1.464-1.482.

Os apelantes do primeiro recurso sustentam em suas razões recursais que são partes ilegítimas, eis que não possuem qualquer relação jurídica material com a autora, uma vez que o contrato de cessão de uso e transferência de *know-how* do Sistema Nota Control foi pactuado entre a apelada e a apelante Xerox.

Afirmam que não houve cópia do programa de computador, nem mesmo transferência de *know-how* do programa de propriedade da autora, eis que a apelante Benefix desenvolveu sistema totalmente novo, baseado na tecnologia internet e usando servidor web, não necessitando de nenhum aplicativo.

Pleiteiam o conhecimento do recurso e o provimento para reformar a sentença e julgar improcedente a pretensão da autora-apelada.

A apelante do segundo recurso (Xerox) requer o conhecimento e provimento do agravo retido por ela interposto (fls. 1.100-1.106) contra a decisão saneadora que nomeou como perito um especialista em análise de sistemas, e não um especialista em direito de propriedade intelectual. Argui, em preliminar, cerceamento defesa por não haver resposta aos quesitos complementares. No mérito, sustenta que não houve violação contratual com a apelada, mas sim que realizou contrato com a apelante Benefix de gestão compartilhada das centrais de arrecadação, manutenção das instalações físicas e contratação de pessoal para atendimento ao público, o que inclusive foi afirmado pelo perito.

Afirma que o contrato pactuado com a apelante Benefix não violou nenhum tipo de direito de propriedade intelectual da apelada Nota Control, eis que a propriedade intelectual da apelada consiste em suas marcas, advindos do software da Solução Nota Control, e a mera utilização de ideias pelos apelantes para desenvolvimento de um programa não pode ser caracterizado como infração de direito autoral ou propriedade industrial.

Assevera que as informações e experiências adquiridas pelas apelantes Benefix e seus sócios Antonio e Gabriel, ora apelantes também, em razão de sua relação com a requerida Xerox, não podem ser consideradas *know-how,* eis que este conceito não se confunde com a simples experiência ou bagagem profissional, fruto da trajetória de profissionais na execução de suas tarefas.

Alega, por fim, que não houve cópia do Sistema Nota Control, pois o produto desenvolvido pela apelante Benefix é absolutamente distinto do produto da apelada-autora.

Requer, o conhecimento e o provimento do recurso para o fim de reformar a sentença proferida pelo juízo *a quo;* subsidiariamente, requer a revisão dos critérios estabelecidos para o cálculo dos danos materiais.

Contrarrazões de Xerox Comércio e Industria Ltda às fls. 1.615-1.625.

Contrarrazões de Nota Control Tecnologia Ltda às fls. 1.627-1.649.

VOTO

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

Trata-se de dois recursos de apelação cível interpostos por Benefix Sistemas e Gestão De Negócios Ltda, Antônio José da Silva Girundi, Paulo Gabriel Ferrera Lage (fls. 1.54-1.570) e Xerox Comércio e Indústria Ltda (fls. 1.543, 1.575-1.604), insurgindo-se contra a sentença de fls. 1.512-1.522 proferida pelo douto juiz da 5ª vara cível, Drº Geraldo de Almeida Santiago que, nos autos da ação de indenização por danos materiais ajuizada por Nota Control Tecnologia Ltda, julgou procedentes os pedidos deduzidos na inicial, condenando os apelantes ao pagamento de indenização por danos materiais, bem como ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Conforme relatado, a demanda foi proposta por Nota Control Tecnologia Ltda, pleiteando o provimento jurisdicional para condenar as rés Xerox Comércio e Indústria Ltda, Benefix Sistemas e Gestão de Negócios Ltda, Antônio José da Silva Girundi e Paulo Gabriel Ferreira Lage ao ressarcimento de perdas e danos pela quebra de contrato de confidencialidade e consequente repasse de informações quanto ao sistema de dados criado pela parte autora que, segundo afirma, é de sua propriedade.

A ação, desta forma, versa sobre a transmissão indevida de informações quanto ao Sistema Nota Control e traz como pedido a condenação das requeridas para repararem os danos causados pela violação dos direitos de propriedade intelectual da autora, ora proprietária do referido sistema.

Tal pedido é embasado no contrato de cessão de uso e transferência de *know-how* celebrado entre a autora e a requerida Xerox, bem como pelo registro da referida marca no INPI.

No plano dos fatos, afere-se que em 19.04.2000 a Nota Control firmou com a Xerox "*instrumento particular de cessão de uso de sistema de computador e transferência de know-how"*, pelo prazo de 10 anos (fls. 47-60 dos autos), ao que se seguiram dois aditivos firmados em 01.3.2001 e 08.11.2011 (fls. 62/70).

Quem subscreveu esses contratos, pela Xerox, foi seu representante legal à época, Sr. Antonio José da Silva Girundi.

O contrato previa cessão de uso do sistema de computador denominado Nota Control, criado pela autora e por ela levado a registro perante o INPI (fato ocorrido em 07.06.1999 – fls. 75/76) e esse sistema, segundo os termos do próprio contrato, consistia em uma "*solução tecnológica para ser utilizada na sistemática de impressão, distribuição e controle de emissão de documentos fiscais e demais formulários usados pelos contribuintes e órgãos arrecadadores que contratarem sua aplicação"*.

Por esse mesmo contrato o *know-how* do sistema foi também transmitido nessa mesma oportunidade, como se infere da cláusula 2.3. Por esse sistema o programa criado permitia que municípios brasileiros que promovessem sua contratação pudessem gerenciar a arrecadação de tributos municipais, com o oferecimento de diversos serviços computadorizados, listados no contrato, que permitiam aos municípios o controle, gerência e execução das atividades de administração dos tributos em geral.

Como royalties, a Nota Control perceberia o correspondente a 10% sobre o faturamento mensal dos contratos celebrados pela Xerox com os municípios que viessem a contratar essa solução para a administração tributária.

Como consequência, e por expressa previsão contratual, assim, a Nota Control transferiu seu *know-how* à Xerox, a qual dele tomou conhecimento através do corréu Antonio Girundi, recebendo este, em verdade, informações verdadeiramente privilegiadas, face à posição em que se encontrava na empresa Xerox, encarregado de cumprir o contrato pela Xerox junto aos municípios contratantes e, assim, conhecedor de toda tecnologia e informações atinentes ao sistema Nota Control objeto do contrato firmado com a Xerox.

Esse fato é induvidoso no caderno processual.

As desavenças entre as partes surgiram quando, no ano de 2003, a Xerox apontou que desejava dar continuidade ao contrato mas o faria através de uma outra empresa, a qual, nos termos do documento de fls. 304-305, "*passaria a ser responsável pela gestão operacional das centrais instaladas, sem eximir a Xerox de suas responsabilidades contratuais frente à Nota Control. Se adotada, tal estratégia reduziria os custos mensais de manutenção do site, advindos sobretudo da mão-de-obra direta e permitiria que a Xerox tivesse ao menos a perspectiva de recuperação de seus investimentos no projeto"* e para tanto solicitava a anuência da autora apelada nesse seu projeto.

A Nota Control não anuiu à pretensão, fazendo contranotificação constante às fls. 307-314, sob o fundamento de que havia vedação contratual de transferência da tecnologia e *know-how* de tal forma que, se implementada a pretensão da Xerox, estaria caracterizada, segundo a apelada, violação dos seus direitos de propriedade intelectual e industrial, na medida em que terceira pessoa, uma empresa, estaria se valendo da tecnologia da autora para execução de prestação de serviços idênticos e em regime de concorrência.

A empresa Xerox alega que não houve violação da propriedade intelectual e industrial sob o argumento de que haveria apenas a gestão compartilhada das centrais com a nova empresa a ser criada (no caso a Benefix), o que se afere do documento reproduzido ás fls. 316/317, além do que no contrato assinado entre as partes havia a permissão da terceirização dos serviços, como destacado nos itens 7.10 e 7.17 da cláusula 7a e as cláusulas 6, 7 e 8 do aditivo contratual celebrado.

A alegação da autora é a de que a Xerox, por esse expediente, burlou o contrato e violou seus direitos quanto á propriedade intelectual e industrial e, consequentemente, o direito à proteção dada pela lei, na medida em que os novos sócios da Benefix, empresa criada, eram funcionários da Xerox, a qual possui o mesmo objeto social da autora e se tornou dela uma concorrente, utilizando-se de conhecimentos

adquiridos ao longo do tempo em que permaneceram à frente da execução do programa da autora junto aos municípios contratantes, prevalecendo-se de uma situação privilegiada.

Isso se torna claro, segundo a autora, quando se afere o teor do documento de fls. 303 a 305 dos autos, subscrito pela Xerox, destacou que a empresa contratada e que faria a gestão compartilhada das centrais do programa da autora deveria ser constituída pelos atuais titulares da Divisão de negócios, ou seja, pelos gerentes que conduzem o projeto.

Isto porque, explica a Xerox nesse mesmo documento, "*tal circunstância asseguraria a manutenção do padrão de operação das Centrais, baseado no sistema Nota Control. Em paralelo*, *constituiria solução menos onerosa para a Xerox, no momento de negociar a rescisão dos contratos de trabalho desses gerentes"*.

Em face disso foi que a Nota Control, então, procedeu à notificação extrajudicial da Xerox, em 20.04.2004, pelo Cartório de Títulos e Documentos do 6º Ofício do Rio de Janeiro (fls. 337/341), rescindindo o contrato acima mencionado, bem assim como para que a Xerox, à sua vez, ela própria rescindisse também o contrato celebrado com a Benefix – Consultoria e Gestão Empresaria Ltda.

Seguiu-se contra notificação da Xerox, que concordava com a rescisão do contrato, comprometendo-se a não assinar outros do mesmo tipo com outras empresas, entregando o código-fonte em junho de 2002, mas não aquiesceu à pretensão de rescisão do contrato que assinara com a Benefix, mantendo-o, portanto.

Deve ser anotado também que a Xerox contra argumenta dizendo que o contrato firmado entre ela e a autora permitia a terceirização dos serviços, como constante da cláusula 7.17 do contrato, até mesmo na modalidade de franquia, evidentemente que não há que se falar em violação do direito autoral da apelada no fato de ter a Xerox promovido o contrato com a Benefix Ltda.

Alega assim que se a Xerox podia abrir franquias utilizando a solução Nota Control, por que não poderia terceirizar a gestão compartilhada das centrais do programa criado pela autora?

Sustenta também que os serviços contratados da Benefix referiam-se somente à gestão compartilhada das centrais de arrecadação, manutenção das instalações físicas e contrataçãol de pessoal para atendimento ao público e nada além disso foi confirmado pelo perito, de tal forma que não há que se falar em ilegalidade no contrato celebrado entre a Xerox e a Benefix e não houve violação de direito autoral.

Funda sua defesa no argumento de que a lei exclui do âmbito de proteção pelo direito autoral as ideias, sistemas, projetos, etc, nos termos do artigo 8º, I, da Lei 9.610/98, de tal forma que as ideias contidas nos projetos da apelada não são objeto de proteção, do que decorre também que a mera utilização de ideias pelos réus para desenvolvimento de um programa não pode ser caracterizado como infração de direito autoral ou propriedade industrial, no que se constitui, afirma, um princípio básico em direito autoral, nos termos da doutrina e jurisprudência.

Sustenta a possibilidade de existirem obras temáticas semelhantes.

Estes os fatos que originaram a presente ação.

O douto juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido, condenando as rés a pagarem indenização por danos materiais sofridos pela autora na ordem de 10% dos valores dos contratos efetuados pela ré Benefix e que tenham por objeto a utilização do sistema que originou da ideia (propriedade intelectual da autora), com a incidência dos mesmos encargos, nos termos a cláusula 5, bem como do item 7.19 do aditivo), e até o término do contrato firmado com a primeira ré, qual seja, 10 (dez) anos, nos termos do item 6.1 (fl. 54), sendo essa a sentença recorrida.

Por ordem de prejudicialidade, passo, inicialmente, à análise das preliminares levantadas nos recursos de apelação cível.

Do agravo retido

A apelante Xerox interpôs agravo retido contra a decisão de fl. 1.091-1.093, que fixou o ponto controvertido, nomeando como perito um especialista em análise de sistemas para elaborar laudo pericial sobre a ocorrência ou não de transferência de *know-how* alegada pela autora.

Argumenta que o perito nomeado deveria ter formação em direito da propriedade intelectual, eis que um analista de sistemas não possui conhecimento suficiente para definir o âmbito de proteção dos institutos jurídicos envolvidos e alcançar o escopo dos contratos em discussão.

Não lhe assiste razão.

Andou muito bem o magistrado *a quo* na nomeação do perito na área determinada, pois o que gerou dúvidas e necessitou de esclarecimentos foi a questão do desenvolvimento do sistema criado pela requerida Benefix através de conhecimentos sobre serviços de planejamento, implantação, gerência, administração e controle obtidos pelos requeridos Antonio e Gabriel, os quais tiveram contato com o Sistema Nota Control, de propriedade da autora, quando eram funcionários da requerida Xerox e detinham toda a estrutura e informação necessária do mesmo.

Verifica-se aqui não ser necessária a nomeação de perito em direito autoral (até mesmo porque essa função é do magistrado e não do perito) para afirmar se o contrato firmado entre as empresas Nota Control e Xerox permitia ou não a transferência de *know-how*. Até porque, neste ponto o contrato é bem claro e expresso na sua proibição.

Acerca da violação às regras vigente no contrato firmado, quem deve decidir é o juiz de direito, sendo desnecessária nomeação de um perito em direito especialista em propriedade intelectual para analisar o caso, eis que é da competência do magistrado dirimir as matérias de direito, com base nos fatos apurados e documentos contidos no caderno processual.

Logo, a nomeação de um perito analista de sistema, que entende de sistemas operacionais e tem aptidão para detectar pontos comuns que podem existir entre diferentes espécies de programas de computador (*software)*, cópia no todo ou em parte de um sistema anterior, tal como a alegação constante dos autos, era a pessoa indicada e adequada para realização da perícia, em razão de seus conhecimentos técnicos, estes sim essenciais para detectar se as afirmações da autora, contidas na inicial, tinham ou não fundamento de validade.

Acertada, portanto, a nomeação do perito especialista em análise de sistema, como o fez o douto magistrado de primeiro grau.

Assim, nego provimento ao agravo retido.

Da ilegitimidade de parte

Outra questão preliminar arguida se refere à ilegitimidade de parte dos apelantes Benefix, Antônio e Paulo, os quais sustentam, em suas razões recursais, que são partes ilegítimas, eis que não possuem qualquer relação jurídica material com a autora.

Argumentam que o contrato de cessão de uso e transferência de *know-how* do Sistema Nota Control foi pactuado entre a apelada e a apelante Xerox.

Assim não é, contudo.

A legitimidade da parte é feita *in status assertionis*, de tal forma que se dos fatos narrados na inicial se puder concluir que, em tese, os indicados no polo passivo poderão suportar os efeitos de uma eventual sentença de procedência da pretensão deduzida na inicial, tal já se revela suficiente para manter o polo passivo.

Por isto é que se diz, em sede doutrinária, que a legitimidade para contestar a ação, ou legitimidade passiva, é a relação de pertinência subjetiva entre o conflito trazido a juízo e aptidão da parte demandada para litigar a respeito dele.[1]

Em outras palavras, a legitimação passiva para uma demanda consiste na identidade entre o afirmado titular da obrigação e aquele que deverá sofrer os efeitos do provimento.[2]

A inicial atribui à primeira ré Xerox o dever de indenizar pela quebra do contrato celebrado entre as partes ao transferir seu *know-how* para a segunda requerida.

A segunda requerida, por sua vez, e seus sócios, teriam o dever de indenizar pelo ato ilícito que supostamente teriam cometido ao se utilizar do *know-how* da autora, que lhes foi trespassado pela primeira, de sorte que o fundamento legal estaria no campo da ilicitude, nos termos dos artigos 186 e 927 do CC de 2002.

Ambos os fatos, com sua causa de pedir, vinculam suficientemente as partes de tal forma que, em tese, a autora pode exigir a indenização dos réus, pelos fatos e fundamentos contidos na inicial.

Essa observação é suficiente para permitir a manutenção de todos os réus no polo passivo da relação processual, os quais, na eventualidade de procedência da demanda, têm aptidão de responder à autora pelos atos praticados, configurando-se a pertinência subjetiva que vincula todos os figurantes do processo a uma mesma sorte e resultado final da demanda.

A legitimidade, assim, tanto ativa, quanto a passiva, é uma qualidade atribuída pelo ordenamento processual para que possa atuar no contraditório em face da relação jurídica descrita na inicial que, supostamente, vincula as partes a um mesmo resultado do julgamento da demanda.

Se o autor pode exigir um determinado comportamento do réu e este tem o dever de se submeter às pretensões do autor, segundo o que se afirma na inicial (*in status assertionis*, portanto), está presente a condição da ação referente à legitimidade para a causa, como na hipótese presente.

Assim, pelos fatos narrados na inicial os réus devem efetivamente figurar no polo passivo da relação processual. A questão de ser procedente ou não o pedido, no todo ou em parte, depende do exame da relação jurídica expressada na inicial e dos atos praticados pelos sujeitos passivos, este sim o mérito da demanda.

Logo, rejeito a preliminar.

Do cerceamento de defesa.

Argui a apelante Xerox, em preliminar, cerceamento defesa por não haver resposta aos quesitos complementares, sob o argumento de que o laudo complementar de fls. 1.464-1.481 não esclareceu pontos importantes suscitados na petição de fls. 1.380-1.392, tendo deixado de responder a 05 (cinco) quesitos apresentados.

1 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil 1**: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte). 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103.

2 SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. **A técnica de elaboração da sentença civil.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1997. p. 128.

Informa que o juízo *a quo* determinou a intimação do perito para esclarecimentos; porém, decorrido o prazo da intimação, não houve manifestação do especialista. Assevera que o juízo de primeiro grau proferiu a sentença sem ouvir o referido profissional acerca das indagações complementares feitas.

Também não assiste razão à apelante.

Verifica-se existir no caderno processual um laudo pericial complementar, constante às fls. 1464/183, em resposta, exatamente, aos quesitos complementares da corré Xerox, através do qual se verifica que foram respondidos todos os quesitos complementares questionados pela apelante Xerox, não havendo motivo algum para a alentada nulidade processual.

A providência solicitada foi atendida.

Respondendo aos quesitos complementares, o perito foi claro ao dizer que houve transferência de *know-how*, pela requerida Xerox à requerida Benefix¸ eis que o contrato pactuado entre a autora Nota Control e a requerida Xerox foi expresso ao proibir tal transferência, bem como definir o termo *know-how*.

O especialista também ressaltou que um profissional que adquire conhecimentos dentro de uma empresa pode sim abrir seu próprio negócio, desde que não haja impedimento para tanto.

Nesse mesmo laudo complementar, o perito continua dizendo que a requerida Xerox descumpriu o acordo feito com a autora Nota Control, eis que havia cláusula contratual que vedava expressamente a divulgação de conhecimentos e tecnologias. Desta forma, entendeu o perito que a requerida Xerox assim a violou, ao transmitir o *know-how* da empresa Nota Control aos seus funcionários, réus também desta ação, Antônio e Paulo, para que estes fundassem a empresa requerida Benefix, que se tornou concorrente direta da autora.

De mais a mais, na realidade, como se viu então, o perito respondeu aos quesitos complementares apresentados pela ré Xerox, como se vê do laudo pericial complementar de fls. 1465/1482, sobre o qual as partes tiveram oportunidade de se manifestar.

Os questionamentos que a parte entende que deveriam ser respondidos, e não o foram, são os de fls. 1393 (cinco quesitos).

A despeito de não ter sido objeto de determinação para resposta de tais quesitos, nenhuma nulidade existe.

A lide foi decidida com muita clareza e segurança pelo douto juízo *a quo*, que considerou suficiente o contexto fático até então já apresentado – com a perícia e a perícia complementar, bem como parecer técnico do assistente indicado pela autora - para concluir que os mencionados laudos pericial e complementar elaborados pelo especialista designado foram suficientes para aclarar os pontos controvertidos, que foram por ele enfrentados na r. sentença.

Bem se vê, realmente, ser desnecessária a realização de qualquer outra prova pericial complementar, uma vez que é evidente que a solução da lide pode ser feita pela análise das provas documentais, a pericial e o laudo complementar constante dos autos.

Outrossim, o CPC de 73, a exemplo do atual, continha disposição expressa em seu artigo 420, parágrafo único, n. II, que o juiz haveria de indeferir a perícia quando for desnecessária à vista de outras provas produzidas, regra que vem repetida exatamente de forma idêntica no artigo 464, II, do novo Processo Civil.

Isto significa entender, pela analogia decorrente, que se os quesitos já respondidos pelo perito – inclusive no laudo complementar e em atendimento aos quesitos da apelante Xerox - eram suficientes para

permitir a exata compreensão e extensão dos fatos noticiados na inicial e repelidos na defesa, à vista das respostas já dadas pelo perito aos quesitos anteriores, como acima mencionado, não se fazia mais necessário que o perito prestasse qualquer outro esclarecimento que não aqueles já constantes de seu laudo pericial, suficientes para formação do convencimento do magistrado quanto à procedência do pedido.

Em casos tais, portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa porque "*constante dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, inocorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia"* (STJ, 4a. Turma, Ag 14.952-AgRg, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 04.12.91, DJu de 03.02.92). No mesmo sentido, RT 900/260, entre outros julgados.

Outrossim, o Colendo Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que:

> *O juiz é o destinatário final das provas, a quem cabe avaliar sua efetiva conveniência e necessidade, advindo daí a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis ou meramente protelatórias, em consonância com o disposto na parte final do art. 130 do CPC/73, de sorte que inexiste nulidade quando o julgamento antecipado da lide decorre, justamente, do entendimento do Juízo a quo de que o feito encontra-se devidamente instruído com os documentos trazidos pelas partes.* (AgInt nos EDcl no AREsp 446.873/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 29/09/2016, DJe 20/10/2016).

Esse mesmo entendimento foi também exarado no julgamento do AgRg no AREsp 864.996/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 29/09/2016, DJe 20/10/2016).

Ainda:

> *Insuscetível de revisão, nesta via recursal, o entendimento do Tribunal de origem que, com base nos elementos de convicção do autos, entendeu que não ocorreu cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide e concluiu como suficientes as provas contidas nos autos, com indeferimento da produção de provas prescindíveis, porquanto demanda a reapreciação de matéria fática, o que é obstado pela Súmula 7/ STJ.* (AgInt no AREsp 793.457/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 23/08/2016, DJe 30/08/2016)

No caso concreto, qualquer esclarecimento posterior, portanto, mais de dois anos depois de iniciada a perícia, não levaria a conclusão diferente por parte do Sr. Perito, que já havia respondido a vários outros quesitos complementares em sede de laudo pericial complementar (fls.1465/1482) de tal sorte que inexistia qualquer impedimento para que o douto magistrado pudesse passar a julgar a lide com os elementos já constantes dos autos, como o fez, à vista da suficiência deles para formação de seu convencimento motivado.

Rejeito, pois, a preliminar.

Quanto ao mérito

Violação do direito autoral

Os fatos foram destacados anteriormente.

Segundo a doutrina especializada, o Direito de Propriedade Intelectual divide-se em dois ramos: Direito Autoral e Direito da Propriedade Industrial.

Segundo Clóvis Bevilacqua[3] *"o Direito Autoral é o que tem o autor de obra literária, científica ou artística, de ligar o seu nome às produções de seu espírito e de reproduzi-las ou transmiti-las. Na primeira relação, é manifestação da personalidade do autor, na segunda, é de natureza real, econômica."*

A divisão de assuntos internacionais do Ministério da Fazenda informa a todos quantos possam ter interesse que:

> *A Propriedade Industrial caracteriza-se pela proteção sobre as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome empresarial, ou seja, trata-se de proteção ao ato inventivo, àquele cujo destino é a execução. Diverso da autoria, ou do https://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_autoraldireito autoral, a propriedade industrial pressupõe registro prévio no órgão competente para que se constitua. Ou seja, o inventor só passa a ter direito de exploração industrial de sua invenção após registrar a devida patente, pois o registro de Propriedade Industrial só se contesta mediante a comprovação da existência de registro anterior.*[4]

A proteção à propriedade intelectual de programa de computador é a mesma dada às obras literárias pela lei que trata dos direitos autorais e conexos (Lei 9.610/98 - Lei de Direito Autoral).

Segundo a Lei 9.609/98 que, à sua vez, dispõe da proteção dos direitos de propriedade intelectual sobre programa de computador:

> *Art. 1º. Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.*

Por seu turno:

> *O registro de programa de computador é uma forma de assegurar a seu autor seus direitos de exclusividade na produção, uso e comercialização de sua criação pelo período de 50 (cinquenta) anos, contados de 01 de janeiro do ano subsequente ao da sua Data de Criação - que é aquela na qual o programa torna-se capaz de executar a função para a qual foi projetado.*
>
> *O registro não é obrigatório, mas é estratégico para a comprovação de autoria do programa principalmente nas hipóteses de utilização indevida por terceiros. Ele deve ser feito no Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, por meio da apresentação de formulário e documentação específicos, que tenham a capacidade de provar a autoria do programa numa eventual ação judicial.* [5]

A Lei 9.609/98 foi aprovada para tentar garantir maior proteção para os desenvolvedores de *softwares* no país, a fim de assegurar segurança jurídica de cunho de propriedade intelectual aos mesmos, protegendo, desta forma, as empresas, ou pessoas físicas programadoras do *software* contra qualquer inviolabilidade de sua propriedade intelectual.

Duas são as leis federais que devem ser consideradas na espécie. A primeira, a Lei 9.609/98, que é a lei que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização

3 Apud SILVA, Dirceu de Oliveira. **O Direito de Autor**. p. 15.

4 Disponível em https://www.sain.fazenda.gov.br/assuntos/integracao-regional-e-comercio-exterior/propriedade-intelectual), consultado em 14.02.17.

5 Disponível em http://www.fapesp.br/4512, consultado em 14.02.17

no País, e dá outras providências; e a Lei 9.610/98, que, à sua vez, altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências.

Os programas de computador, assim, são protegidos pela Lei de Direito Autoral, Lei 9.610/98, a qual estabelece em seu art. 7º, inc. XII que:

> *Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como:*
>
> *[...] XII - os programas de computador.*

A jurisprudência segue o mesmo entendimento:

> *DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE CONHECIMENTO SOB O RITO ORDINÁRIO. PROGRAMA DE COMPUTADOR (SOFTWARE). NATUREZA JURÍDICA. DIREITO AUTORAL (PROPRIEDADE INTELECTUAL). REGIME JURÍDICO APLICÁVEL. CONTRAFAÇÃO E COMERCIALIZAÇÃO NÃO AUTORIZADA. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. FIXAÇÃO DO QUANTUM. LEI ESPECIAL (9610/98, ART. 103). DANOS MORAIS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO.*
>
> *O programa de computador (software) possui natureza jurídica de direito autoral (obra intelectual), e não de propriedade industrial, sendo-lhe aplicável o regime jurídico atinente às obras literárias.*
>
> *Constatada a contrafação e a comercialização não autorizada do software, é cabível a indenização por danos materiais conforme dispõe a lei especial, que a fixa em 3.000 exemplares, somados aos que foram apreendidos, se não for possível conhecer a exata dimensão da edição fraudulenta.*
>
> *É inadmissível o recurso especial interposto com fulcro na alínea 'c' do permissivo constitucional se não restou demonstrado o dissídio jurisprudencial apontado.*
>
> *Recurso especial parcialmente provido.* (REsp 443.119/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/05/2003, DJ 30/06/2003, p. 240)

O caso em tela diz respeito à violação das cláusulas contratuais do instrumento de cessão do programa de computador chamado Sistema Nota Control, que acarretou na transferência indevida de *know-how* a terceiros não participantes do referido negócio.

A apelante Xerox alega em suas razões recursais que ideias ou projetos não são passíveis de proteção pela legislação que rege a propriedade intelectual e a mera utilização de concepções pelos réus para desenvolvimento de um programa não pode ser caracterizado como infração de direito autoral ou propriedade industrial, a não ser que ocorra a materialização de tal projeto enquanto obra literária.

Fundamenta sua alegação no disposto no artigo 8ª, inciso I, da Lei 9.610/98.

Esse dispositivo estabelece:

> *Art. 8º Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei:*
>
> *I - as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais;*

Primeiramente, saliento que apesar de os programas de computadores possuírem a mesma proteção conferida às obras literárias, conforme a Lei dos direitos autorais e conexos, há dispositivo expresso no parágrafo primeiro do artigo 7º, da referida lei mencionando que *"os programas de computador são objeto de* ***legislação específica,*** *observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis."* (grifo nosso).

Assim, a interpretação que a apelante fez não condiz com o que dispõe a própria Lei específica (Lei 9.609/98) que conceitua o que é programa de computador[6], bem como enumera, taxativamente, as hipóteses de não violação aos direitos de propriedade intelectual:

> *Art. 6º Não constituem ofensa aos direitos do titular de programa de computador:*
>
> *I - a reprodução, em um só exemplar, de cópia legitimamente adquirida, desde que se destine à cópia de salvaguarda ou armazenamento eletrônico, hipótese em que o exemplar original servirá de salvaguarda;*
>
> *II - a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificados o programa e o titular dos direitos respectivos;*
>
> *III - a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão;*
>
> *IV - a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu.*

É certo que o dispositivo trazido no artigo 8º, inciso I, da Lei 9.610/98 excluiu a proteção das ideias e projetos dos programas de computador.

Todavia, no caso concreto, não se trata de meramente da criação de um novo programa, pela Benefix e corréus, baseado na ideia do programa computacional da autora. Isso seria uma concepção indevida do que efetivamente se passou para beneficiar a atitude tomada pelas rés, que objetivam utilizar uma exceção trazida na Lei de Direito Autoral, a qual não se aplica ao caso, eis que como irá se averiguar adiante, o problema está exatamente na discussão da ocorrência ou não da transferência de *know-how.*

Vê-se, pois, que a legislação específica proporcionou ao autor proteção sobre sua obra intelectual, qual seja, o programa de computador, com exclusividade, possuindo o poder de controlar a cópia de seu trabalho e o poder de dispor de sua obra da maneira que entender.

Apesar de ser desnecessário o registro, restou comprovado que a autora possui registro no INPI (fl. 75) do Sistema Nota Control, depositado desde 07/06/1999 e concedido em 26.08.2003, bem como que o referido sistema também está registrado na Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro, sob os números 140.773, 141.639, 172.145 (fls. 355-356), o que lhe tutela o direito autoral sobre o referido programa.

A ideia, por si só, como preconizado inclusive no julgamento do RESP 1.189.692, Rel. Sidnei Beneti, no Superior Tribunal de Justiça, não é proteção de direito autoral.

Tenho essa afirmação como verdadeira, e os exemplos são variados na experiência do dia a dia. Basta ver, por exemplo, os milhares de programas difundidos na internet, principalmente para *smartfones,* todos veiculando uma mesma ideia, mas com funcionalidade diferentes, como são o whatssapp e os inúmeros

6 *Art. 1º* ***Programa de computador*** *é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.*

aplicativos de funcionalidade de um celular ou de um computador, que têm características semelhantes, mas não são idênticos, todos partindo de uma ideia comum, com funcionalidades diferentes.

Aliás, o próprio perito assentou, às fls. 1338 e em resposta ao quesito 11, que certamente há programas de computador desenvolvidos para o mesmo fim, conceitualmente idênticos, escritos de forma diferenciada e em linguagens diversas.

Tal é verdade, sem dúvida.

Todavia, no caso concreto, muito mais do que se apropriar de uma ideia, é de se aferir que a Xerox se utilizou de dois de seus funcionários, que executavam o programa da autora junto aos municípios, com uma solução para controle da arrecadação tributária municipal, os quais, anos depois, criaram uma nova empresa, a Benefix, com o mesmo fim social da autora, e com o desenvolvimento de programa de computador, alocado em determinado endereço eletrônico, com a mesma finalidade e com a mesma plataforma.

Tal só foi possível porque esses funcionários, ao longo de alguns anos, foram os responsáveis pela execução do programa da autora, que ao longo do tempo em que ali atuaram se apropriaram do *know-how* da autora para, posteriormente, criar seu próprio programa. Examinaram exaustivamente, nesse período, as rotinas e procedimentos do programa criado pela autora, de tal forma que, na realidade, pelas suas posições gerenciais na empresa corré Xerox lhes foi possível apropriar-se da mesma base procedimental adotada pela autora na criação de seus programas e das suas rotinas para, com base nele, criarem o seu próprio.

Veja-se também que o perito, examinando cláusula contratual e por força de quesito formulado, afirmou que a Xerox-Benefix "*reconheceu e se comprometeu a não copiar, modificar ou alterar, por descompilação, engenharia reversa ou outra forma, o programa de computador do Sistema Nota Control"*. (fls. 1339).

As corrés podem não ter copiado, modificado ou alterado o sistema Nota Control em si. Mas, para além da ideia apresentada pela autora e materializada nesse sistema, houve apropriação do *know-how* da empresa autora, que foi empregada em outro sistema idêntico – melhorado ou não, aqui não interessa – quando a primeira ré tinha proibição contratual de transferência dessa tecnologia, desse conhecimento desse modo de fazer e operar o programa, a terceiros, por qualquer modalidade contratual.

No contrato celebrado entre as partes consta no item 7.14 (fls. 56) que:

> *A Nota Control S/C Ltda é a* ***única proprietária do*** *Sistema Nota Control, conforme os termos protocolados junto ao INPI, ficando este instrumento submetido às regras que lhe são aplicáveis por força das Leis ns. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998 e 9.610, de 29 de fevereiro de 1998*

E no item 7.16:

> *Ajustam as partes que este instrumento é intransferível para terceiros, seja por parte da Nota Control S/C Ltda ou da Xerox Comércio E Industria Ltda., excetuando-se, com relação a esta última, empresas do mesmo Grupo Econômico da Xerox Comércioo e Indústria Ltda.*

A Benefix não fazia parte do grupo econômico da Xerox. Foi criada por dois gerentes seus, que executavam o programa da autora em diversos municípios e foram adquirindo, ao longo do tempo, conhecimento do *know-how* desse programa, possibilitando, assim, que desenvolvessem outro seu, próprio.

Agiganta esse entendimento a constatação de que pelas cláusulas 3.8 e 4.4. do contrato era da primeira ré a incumbência de atualizar o sistema Nota Control, e para tanto assim poderia fazer porque estava em poder do código-fonte do programa.

Ora, assim deveria ser mesmo porque se era a Xerox a encarregada de executar o programa nos sistemas operacionais dos municípios com que viesse a contratar, é induvidoso que, para assim agir, necessitava constantemente manipular o código-fonte, o que se fez através dos dois funcionários que posteriormente vieram a criar a Benefix, com o mesmo fim social e com idêntico programa operacional, visando os mesmos objetivos.

Houve então, de forma muito induvidosa, a apropriação de conhecimento sobre toda a operacionalidade do sistema criado pela autora, inclusive de leitura de seu código-fonte, a qual viu na criação da Benefix, pelos seus dois gerentes operacionais, uma forma de evitar pagamento maior de indenização trabalhista, quando do desligamento da empresa, fato reconhecido no documento de fls. 304/305.

O fato de ser autorizado por contrato o *franchising,* como consta da cláusula 7.17 do contrato (fls. 57) não significa autorização para transferência do *know-how.*

Colocar o programa para funcionar em uma franqueada é diferente – muito diferente – do que transferir *know-how*, porque a franqueada fica subordinada e dependente do franqueador e não conhece como o programa foi criado. Conhece como funciona e o tem instalado em seus computadores, podendo ser retirado do ar por qualquer desavença comercial ou findo o contrato.

No *know-how* há uma fonte criadora do programa, que o escreve, que o pensa, que o desenham, que o materializa, que o põe para funcionar, que corrige seus bugs e defeitos, desenvolvendo o programa sozinho, a partir do nada.

Aquele que se apropria do *know-ho*w pode até desenvolver outro programa sozinho, a partir do zero, como disse o perito, sem o código-fonte inclusive, mas não o faria se não tivesse o conhecimento das técnicas, das rotinas e dos procedimentos do programa com o qual teve contato por longo período, podendo aprender a construir outro baseado nele, que foi o que ocorreu na espécie.

Por *know-how* deve-se entender, na expressão em inglês traduzida para nosso idioma o saber como.

Ou seja, saber como fazer. Saber como criar.

Esse saber como é consequência de uma vastidão de conhecimentos que são empregados pelo criador, que obtém informações e, segundo a doutrina especializada constitui-se o *know-how* em um:

> *Conjunto de conhecimentos práticos (fórmulas secretas, informações, tecnologias, técnicas, procedimentos, etc.) adquiridos por uma empresa ou um profissional, que traz para si vantagens competitivas. Possui know-how a organização que consegue dominar o mercado por apresentar conhecimento especializado sobre algum produto ou serviço que os concorrentes não possuem. O know-how está diretamente relacionado com inovação, habilidade e eficiência na execução de determinado serviço. É um produto valioso resultante da experiência.* [7]

Ora, a autora é a detentora desses conhecimentos práticos. Com base nele, desenvolveu o programa Solução Nota Control que lhe ensejou uma vantagem competitiva muito grande em relação aos possíveis concorrentes, por apresentar um programa inovador para os municípios brasileiros no controle da arrecadação municipal. Isso se deu em razão da sua criação, de sua inovação, de sua habilidade, de sua eficiência

7 Obtido em https://www.significados.com.br/know-how/, consultado em 14.02.17.

em desenvolver um programa de computador que permitia aos municípios gerir com maior eficiência a secretaria de fazenda e controlar a cobrança e recebimento dos tributos municipais, evitando evasão fiscal.

Daí resulta que esse produto, a solução Nota Control, era produto valioso decorrente da experiência da autora, que a aplicou na criação, desenvolvimento, instalação, manutenção e melhoria do sistema, como sói acontecer com os programas de computador em geral.

Não seria possível à Benefix e seus sócios, autorizados pela Xerox, desenvolver qualquer outro programa semelhante, mesmo que partindo do zero, se não tivessem compartilhado e obtido informações entre as corrés sobre a natureza do programa Solução Nota Control, que era executado por aquela empresa, sob o comando de seus dois gerentes, posteriores criadores da Benefix.

O perito afirmou – fls. 1293 – que *"por parte da Xerox, o Sr. Antonio José da Silva Girundi gerenciou projeto Solução Xerox Nota Control, auxiliado pelos Srs. Emir Toktar e Paulo Gabriel Ferreira Lage, seus funcionários, responsáveis pelas áreas de tecnologia e comercial, respectivamente*", tendo sido esse contrato mantido entre os anos de 2001 até setembro de 2003.

Tanto os sócios da Benefix adquiriram o conhecimento o *know-how* que a Xerox deliberou, primeiramente, atribuir a gestão operacional da Solução Nota Control a terceira pessoa, com o que, como se viu também anteriormente, a autora apelada não concordou, mas mesmo assim esse compartilhamento existiu, fato também inconteste nos autos e confirmado na perícia.

Não me parece que teriam eles condições de criar programa semelhante se não se espelhassem na Solução Nota Control e, veja-se bem, não apenas na ideia do programa (esta não sujeita a qualquer proteção) mas sim como consequência, reafirmo, do conhecimento lento e gradual adquirido sobre o sistema e seu funcionamento, em especial as rotinas, que são importantes em se tratando de um programa de computador, que foram desenvolvidas exclusivamente pela Nota Control.

Se posteriormente a Benefix criou algo que passou a se utilizar, mesmo não tendo se apropriado do código-fonte e partindo do zero para desenvolver programa idêntico, tal se deu tão-somente porque os ex-gerentes da Xerox se apropriaram ao longo do tempo da técnica utilizada no sistema criado pela autora, que era funcional e permitia efetivo controle da arrecadação municipal. Obtiveram, por esse método, a aquisição do *know-how*, dele se aproveitando para criar um sistema que importou em concorrência direta com a autora.

Tanto que diversos municípios contrataram o sistema, mas posteriormente a própria Benefix, que teve razão social idêntica à da autora, passou a concorrer diretamente com a Nota Control, porque apresentou programa semelhante, que não teria apresentado, tampouco criado, se seus sócios não tivessem obtido a transferência do *know-how* da autora durante os anos em que ficaram executando, como empregados, o programa em diversos municípios brasileiros.

Esses fatos, aliás, estão plenamente evidenciados pela prova pericial.

Veja-se que no laudo complementar o Sr. Perito afirmou textualmente:

> *(...) Bem, sem mais delongas, é fato que pela experiência com o produto da autora, as rés tiveram acesso ao funcionamento deste, ao funcionamento do negócio, ou seja, adquiriram, por força do contrato existente entre a autora e a 1a. Ré, toda a base, a bagagem ou parte destes a respeito do negócio como um todo, pelas virtudes ou pelos defeitos do produto e, no mínimo, aprenderam como não fazer, diante da vasta argumentação de que o produto da autora era frágil e incapaz, e isso se traduz em conhecimento e experiência, suficiente para desenvolver, ou impulsionar o desenvolvimento de um produto novo, capaz de superar e sequer se lembrar o sistema Nota Control.* (Fls. 1480/1481).

O perito mostrou aí, com toda a evidência, que houve apropriação indevida do *know-how* da autora sobre o software denominado Solução Nota Control.

Ora, como acima demonstrado o *know-how* compreende um conjunto de conhecimentos práticos (fórmulas secretas, informações, tecnologias, técnicas, procedimentos, etc), adquiridos por uma empresa sobre algum produto ou serviço que a concorrência não possui, decorrendo ele da capacidade criativa do autor intelectual da obra ou programa, sua habilidade, sua eficiência de – em se tratando de programa de computador – escrever o código fonte com base no seus estudos, treinamento ou experiência.

Induvidoso, assim, como observado pelo Sr. Perito, que os sócios da Benefix, ex-empregados da Xerox, só escreveram o seu programa, que se tornou concorrente da autora, porque participaram da execução operacional do programa junto aos municípios que contrataram essa solução para a administração tributária municipal, e tinham autorização, inclusive, para fazer atualizações do programa, pois dispunham do Código fonte, que foi entregue pela autora à Xerox.

Assim, os sócios da Benefix, corréus e ex-funcionários da Xerox, ao longo do tempo em que o contrato durou, aprenderam a como não fazer um *unknowhow* e, de igual forma, conhecimento e experiência suficiente para desenvolver ou impulsionar o desenvolvimento de um produto novo.

A transferência da tecnologia da Xerox para a Benefix, sob o fundamento de que tal se daria somente no compartilhamento da gestão do programa é confissão de que os seus ex-funcionários, criadores da Benefix, manipulavam o programa como um todo e aprenderam pacientemente suas rotinas, alterando-as inclusive, porque tinham o Código-fonte da Solução Nota Control em mãos.

Daí porque o perito concluiu, ao término laudo complementar que elaborou, agora mais especificamente às fls. 1482, com todas as letras, que:

> *(...) Para a perícia, uma vez pactuado contrato contendo know-how e uma vez que a equipe que operou o sistema da autora foi parte da equipe que desenvolveu o sistema da 2a. ré, embora de forma alguma através de cópiam levou consigo todo o conhecimento adquirido e experiência da primeira e de seu produto, sejam os acertos ou defeitos bem como limitações, e não há como negar que estes aspectos não tenham sido aproveitados, por força desse contrato entre a autora e 1a. ré, e por know-how nesse contrato ter interpretação distinta da literária, do ponto de vista técnico, no entendimento deste perito, houve transferência de know-how, não observado pela 1a. Ré.*
>
> *(Fls. 1482, perícia complementar do perito judicial).*

Por isto, a meu ver, o dever sim de indenizar, nos termos da pretensão contida na inicial, albergada pela r. sentença de primeiro grau.

A 1a. Ré porque, à revelia da autora, transferiu parte da tecnologia para a 2a. ré, quando o contrato proibia essa transferência.

Da 2a. ré e seus sócios, corréus, porque – de forma ilícita – aproveitaram-se do acesso ao produto da autora, inclusive de seu código-fonte, eis que tinham autorização para fazer atualizações no sistema, para levarem consigo o conhecimento e experiência adquiridos na execução do programa enquanto funcionários da XEROX, aproveitando-se dos aspectos positivos e negativos do programa da autora para criar sua própria solução e, mais, com criação dessa empresa com o mesmo fim social e atuando na mesma área da autora, diretamente e em concorrência com ela.

Tanto esse fato corresponde à realidade que no Parecer Técnico do assistente técnico indicado pela autora, às fls. 1377, especificamente, o assistente – que tem conhecimento técnico sobre o objeto da perícia – afirmou:

> *3.2. Concordamos totalmente com o teor da explanação do ilustre perito judicial quando afirma que a utilização do sistema (da autora) possibilitou, a partir do entendimento assimilado, criar outro com a mesma com evoluções (utilizando de tecnologia mais recentes) das funcionalidades.*
>
> *O vínculo ideológico e efetivo está demonstrado quando o Perito Judicial constata, como descreve em fl. 072 de seu laudo (f. 1363 dos autos), que a segunda requerida tinha conhecimento, inclusive, da quantidade aproximada de linhas contidas no sistema nota control.*
>
> *Isso vem demonstrar que, mesmo utilizando-se de ferramentas inequivocamente mais modernas, a segunda requerida suportou todo o desenvolvimento do seu produto em fontes basilares ideológica e inafastavelmente de propriedade intelectual da parte autora.*
>
> *Tollitur quaestio !*

A apropriação do *know-how* e o pleno acesso ao código-fonte do programa da autora, em razão do conhecimento até do número de linhas daquele, é um fato inconteste e resultante da prova contida nos autos, o que leva ao dever de indenizar, nos termos dos pedidos contidos na inicial, acolhidos em primeiro grau e aqui mantidos.

Com relação ao argumento da apelante Xerox de que não existe nenhuma cláusula no Instrumento Particular de Cessão de Uso de Sistema de Computador e de Transferência de *Know-How*, firmado entre a apelada-autora e a requerida Xerox, que defina o que seria exatamente a propriedade intelectual da autora Nota Control, entendo que não merece prosperar.

A propriedade intelectual da autora, como se viu, consistia no programa de computador denominado Sistema Nota Control e de todo o *know-how*, em suma, conhecimento obtido para o desenvolvimento e implantação do mesmo.

O instrumento particular de cessão conceituava expressamente o que era *know-how* (cláusula nº 2.3) como sendo a *"transmissão de conhecimentos sobre os serviços de planejamento, implantação, gerencia, administração e controle da operação do Sistema Nota Control, visando à racionalização dos procedimentos e o incremento da arrecadação de impostos e ou taxas em geral, bem como a cobrança da dívida ativa deles decorrentes"*.

Ficou claro acima que a obra intelectual da autora está devidamente protegida pelas Leis 9.609/98 e 9.610/98; falar agora que a propriedade intelectual não restou devidamente caracterizada demonstra intenção da ré em se abster da sua responsabilidade legal e contratual pactuada com a autora e infirmar os termos do contrato e seus aditivos que ela própria celebrou.

Dizer também que as únicas informações que se tornaram públicas referiam-se às condições dos objetos de editais de licitações que os municípios exigiam para que a autora e a requerida Xerox participassem não tem nada a ver com o pedido pela a autora, nem justifica o ponto controvertido.

A autora não se insurgiu sobre as informações exigidas em edital de licitação, mas sim sobre a violação de sua propriedade intelectual, por quebra de contrato de cessão por parte das rés.

E essa quebra do contrato existiu.

Não se trata de transmissão de simples ideia do funcionamento do programa de computador desenvolvido pela autora, mas sim de apropriação do seu *know-how*, haurido pelos seus dois experientes funcionários que depois criaram a corré Benefix para desenvolver a mesma espécie de prestação de serviços junto aos municípios, tornando-se concorrente da autora, ao longo dos anos em que estiveram à frente da execução do contrato perante municípios que adquiriram a solução Nota Control para a área de controle da arrecadação tributária municipal.

Já com relação ao argumento de que não houve a terceirização do serviço, é de se ver que, de acordo com a cláusula 7.16 do contrato celebrado entre as partes, a intransferibilidade do serviço a terceiros era expressa.

Essa terceirização, todavia, ocorreu porque não existe dúvida nos autos de que a corré Xerox celebrou, à revelia da autora, o contrato de gestão compartilhada entre a apelante Xerox e a apelante Benefix às fls. 326-335.

Referida gestão compartilhada, ao meu modo de ver, não se tratava de uma das situações previstas na cláusula 7.17 do primeiro contrato, o qual previa a possibilidade de terceirização dos serviços a terceiros através de práticas existentes no mercado, tais como, *franchise* ou licenciamento de concessionários para a exploração do negócio, sempre, evidentemente, com a aquiescência da autora, porque a consequência dessa prática redundaria em incremento financeiro para a autora, que deveria, assim, manifestar concordância com os termos de eventual contrato que viesse a ser assim celebrado.

No caso, entrementes, ocorreu a transferência pura e simples da execução do objeto do contrato firmado com a Nota Control à empresa Benefix, e esse fato, feito à revelia da autora, gera efeito patrimonial indenizável, porque a Benefix começou a partilhar da gestão do programa desenvolvido da autora e, mais do que isto, com base na experiência adquirida por seus funcionários, apropriou-se do método contido no programa da autora para criar um seu próprio, evidentemente valendo-se da experiência haurida com a tecnologia ofertada pela autora.

O contrato de transferência de *know-how* é acordo que implica em transferência de tecnologia, mediante o qual determinado conhecimento técnico que é reservado ao criador e inacessível ao público, é transferido a um terceiro para, com base nessa experiência, possa dele se utilizar em benefício próprio.

Denis Borges Barbosa[8] conceitua o contrato que trespassa o *know-how:*

> *É um contrato de comunicação de experiências empresariais, de maneiras de organizar a produção. Mas, enquanto significa uma renúncia, por parte do fornecedor, de utilizar-se da vantagem que teria em produzir, ele próprio, no mercado considerado, ou, pelo menos de produzir sozinho, é uma cessão perante a concorrência, e não somente uma criação de poder. Em outras palavras, a aquisição do bem concorrencial não é originária. Tal raciocínio terá talvez menos validade no futuro em que se multiplicaram as fábricas de tecnologia, unidades empresariais cujo produto é a própria arte de fabricação; mantém-se, porém, ainda enquanto o know-how for parcela do aviamento de uma empresa, que o gera como instrumento de produção.*

No caso analisado, o contrato de transferência de *know-how* também o conceituou como sendo a *"transmissão de conhecimentos sobre os serviços de planejamento, implantação, gerência, administração e controle da operação do Sistema Nota Control, visando a racionalização dos procedimentos e o incremento da arrecadação de Impostos e ou Taxas em geral, bem como a cobrança da dívida ativa deles decorrentes"* (cláusula 2.3 fl. 49).

8 BARBOSA, Denis Borges. Propriedade intelectual. Disponível em http://denisbarbosa.addr.com/paginas/200/propriedade.html#segredos. Acesso em 06/12/2016.

Nem sempre, todavia, a transferência de *know-how* se faz através de contrato, com cessão da tecnologia e do código-fonte.

Pode ocorrer por ato ilícito, como no caso, com ofensa aos artigos 186 e 927 do CC de 2002, que gera o dever de indenizar os danos ocasionados à autora.

Os apelantes Antônio e Gabriel eram funcionários da apelante Xerox, e fundaram a nova empresa Benefix. Alegam que desenvolveram um programa de computador novo e até mais potente que o anterior. Isso somente se deu porque os mesmos tinham conhecimento suficiente do Sistema Nota Control, de propriedade da autora.

O novo programa de computador foi concebido com base nas informações obtidas pela apelante Xerox junto à apelada Nota Control, de forma que houve manifesta transferência de *know-how*

Apesar de o perito concluir que os sistemas diferem de linguagem e tecnologia, não se tratando de cópia do utilizado pela autora, afirmou que houve a transferência de conhecimentos de propriedade da autora para que o sistema da ré Benefix fosse criado, posto que Antonio José e Paulo Gabriel, também réus, participaram ativamente da implantação das centrais de arrecadação, como representantes da ré Xerox, e que, posteriormente, assumiram como gestores compartilhados da nova empresa criada (fls. 759-762).

O perito informou no item b (laudo pericial de f. 1.290-1.365) que a transferência de conhecimentos ocorreu por força do contrato entre a autora e a requerida Xerox, ou seja, por inobservância contratual desta última, a qual transmitiu todo o conhecimento adquirido consigo e experiência emitida pela autora sobre seu programa, sejam os acertos ou defeitos, e não há como negar que estes aspectos não tenham sido aproveitados pelas rés-apelantes.

A alegação que a requerida Benefix não possuía acesso ao código-fonte do sistema não a exime da caracterização de transferência de *know-how* que foi confirmada pelo laudo pericial, bem como pelos fundamentos supracitados.

As informações e experiência adquiridas pela requerida Benefix e seus sócios em razão de sua relação com a apelante Xerox não se confundem com a simples experiência ou bagagem profissional, fruto da trajetória de profissionais na execução de suas tarefas.

Outro ponto a ser analisado refere-se aos objetos dos contratos sociais das empresas Nota Control e Benefix, esta última nova empresa criada pelos sócios-proprietários Antonio José da Silva Girundi e Paulo Gabriel Ferreira Lage:

> *Prestação de serviços em desenvolvimento de sistemas de informática, metodologias, procedimentos e treinamentos na área de gestão tributária, aplicada à Administração Pública Municipal, Estadual e Federal.* (fls. 319-323).
>
> *Prestação de serviços de assessoria empresarial, consultoria, modernização, planejamento, gestão de projetos, programação, criação e desenvolvimento na área de informática, análise de sistemas, processamento de dados, treinamento, gerenciamento e apoio logístico voltados à tecnologia da informação, assessoria econômico-financeira, implantação nas administrações tributárias de metodologia própria voltada ao controle e administração de tributos com vistas ao incremento de arrecadação tributária, publicidade e marketing.* (fls. 43-45).

Fazendo um comparativo entre ambos os contratos sociais, verifica-se que a nova empresa criada possui objeto praticamente idêntico ao da autora, e que se tornou sua concorrente direta na concorrência do mercado.

No caso em tela, ficou corroborado que houve violação de cláusula contratual, com transferência indevida de *know-how*, o que acarretou na criação de uma nova empresa, concorrente da autora.

Caberia à autora receber todos os benefícios e lucros obtidos pelo desenvolvimento e estudo que se deu inicialmente com o seu Sistema Nota Control, o que não foi repassado pelas requeridas ao desenvolverem outro sistema a partir do conhecimento adquirido com o sistema daquela.

A concorrência desleal restou caracterizada. Sendo assim, houve flagrante ocorrência de violação dos direitos de propriedade intelectual da autora, caracterizando ato ilícito, passível de indenização.

Em que pese o laudo pericial dizer que o sistema desenvolvido pela requerida Benefix não ser uma cópia fiel do sistema da Nota Control, a equipe que trabalhava no Sistema Nota Control, conhecia todas as rotinas necessárias para atendimento aos municípios e, portanto, não teria dificuldade alguma em desenvolver produto para o mesmo fim, até mesmo superior, e em outra linguagem, com inovações, partindo-se do zero, sem aproveitamento do código-fonte, mas com bagagem trazida do primeiro sistema amplamente utilizado.

Uma empresa que se inicia com experiência e informação adquirida de outro produto não precisa fazer alto investimento para se lançar e concorrer.

Note-se que o perito afirmou (fls. 1337) que o sistema Solução Nota Control constituía-se em uma "*metodologia inovadora para que os municípios brasileiros passassem a gerenciar a arrecadação do ISSQN, de forma diferenciada e muito eficaz, oferecendo"* diversos serviços, ali discriminados.

A apelante Benefix possui conhecimento aprofundado do sistema da autora, e desenvolveu um produto que alega ser até mesmo mais eficiente que o da autora.

Desta forma, não se pode oferecer um produto inovado frente a outro existente quando não se conhece a fundo o produto comparado.

Ademais, ficou claro nos autos que os apelantes Antônio e Paulo eram ex-funcionários da apelante Xerox, bem como trabalhavam diretamente com o Sistema Nota Control.

A sentença de primeiro grau proferida (fls. 1.512-1.522) foi clara ao mencionar que a ré Benefix e seus sócios (Antônio e Paulo) possuíam conhecimentos de propriedade da autora Nota Control e que estes últimos (ora apelantes) se utilizaram da ideia desenvolvida pela Nota Control para desenvolver seu próprio sistema de dados, *"ferindo desta feita a propriedade intelectual da autora, o contrato firmado entre estas e a primeira ré"*.

O ilícito foi reconhecido na sentença e imputado a todos os réus, de forma indistinta, não sendo suficiente para se rechaçar o pedido subsidiário formulado pela Benefix e seus sócios Antônio e Paulo.

A requerida Benefix tinha pleno conhecimento dos termos do contrato firmado com a Nota Control, sendo vedado, sob qualquer pretexto ou forma copiar, modificar ou alterar o Sistema Nota Control.

A empresa criada pelos dois sócios da Benefix Antônio José da Silva Girundi e Paulo Gabriel Ferreira Lage, vindos da corré Xerox, receberam ao longo do tempo em que ali trabalharam, implantando o sistema em municípios onde a Xerox venceu concorrência pública com programa criado pela Nota Control, o *know how* (ou o como se faz), e se utilizaram desse fato para, com a criação dessa empresa e com sistema operacional idêntico, fazer concorrência com a autora Nota Control, chegando inclusive a vencer concorrência em que ambas participaram.

Veja que o Sr. Perito, embora afirme que a Benefix partiu *do zero* para criar seu sistema operacional, afirmou, também, que do ponto de vista técnico houve transferência de *know-how*, não observado pela 1a. ré.

Se, como se viu da citação doutrinária acima, "*o contrato de know how tem por objeto a cessão de posição na concorrência mediante comunicação de experiências empresariais",* parece-me induvidoso que essa *comunicação de experiência empresarial* foi transmitida pela Xerox a seus dois funcionários, aqui corréus, e estes, à sua vez, com a criação da empresa Benefix Ltda., que passou a concorrer diretamente no mercado de consumo – por sí só já restrito – com a autora, com solução nova, baseada fundamentalmente na sua, ensejando verdadeira prática de concorrência desleal entre todos os réus.

Do pedido subsidiário.

Revisão da indenização por danos materiais.

Nas razões de apelação, Xerox requereu, subsidiariamente, a revisão dos critérios estabelecidos para o cálculo dos danos materiais.

Fundamenta seu pedido dizendo que deve ser levado em consideração todo o trabalho do zero feito pela Benefix e seus sócios, não sendo razoável que a apelada receba o mesmo percentual de remuneração se não participou do desenvolvimento deste novo e completamente distinto programa. Também alega não ser plausível que a apelada receba remuneração integral prevista no contrato firmado com a outra apelante (Xerox), pelo prazo remanescente da relação comercial.

Entende a apelante que a remuneração deve ser proporcionalmente reduzida.

Como bem mencionou o juízo de primeiro grau, restou devidamente comprovado que houve a quebra de cláusulas de contrato, com a consequente responsabilidade de indenizar a autora pelos prejuízos adquiridos pelas condutas ilícitas das rés.

Quanto aos valores dos danos materiais, o juízo se baseou no artigo 402 do Código Civil, estabelecendo o valor com base da demonstração do patrimônio lesado.

O referido dispositivo traz a possibilidade de indenização por ocorrência de danos emergentes e lucros cessantes.

Os danos emergentes refere-se ao que a vítima do ato danoso efetivamente perdeu.

Quanto ao lucro cessante, isto é, a perda de um novo ganho resultante da normal exploração de sua criação, o critério de apuração para quantificação da indenização é o do valor da prestação de serviços, ou de um percentual incidente sobre a receita publicitária, ou o do faturamento, dependendo da modalidade de infração, e do maior ou menor renome do lesado. Para que o titular do direito razoavelmente deixou de lucrar, o raciocínio do legislador é baseado numa ordem negativa: se não tivesse perdido a oportunidade de criar, ou de ter a sua obra exibida, o autor ou artista embolsaria um outro cachê, ou um outro percentual qualquer incidente sobre o mesmo, ou sobre outro valor, vez que a ele incumbe a fixação do preço para a utilização da sua criação.[9]

Condenou os apelantes-requeridos ao pagamento de 10% (dez por cento) dos valores dos contratos efetuados pela Benefix e que tenham por objeto a utilização do sistema que originou da ideia (propriedade intelectual da autora), com a incidência dos mesmos encargos, nos termos a cláusula 5, bem como do item

9 ABRÃO, Eliane Yachouh. **Direitos de autor e direitos conexos.** São Paulo: Editora Brasil, 2002. p. 189.

7.19 do aditivo, e até o término do contrato firmado com a primeira ré, qual seja, 10 (dez) anos), nos termos do item 6.1 (fl. 54).

O dever de reparação é devido desde que devidamente comprovada a ação ou omissão, o nexo causal e a lesão (artigo 927, *caput)*[10].

Nos termos do artigo 186 da lei substantiva, *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"*. E acrescenta o artigo 187 do mesmo diploma: *"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"*.

A ilicitude cominada nos referidos artigos diz respeito à infringência de norma legal, à violação de um dever de conduta, por dolo ou culpa, que tenha como resultado prejuízo de outrem[11]. Perfilha, a propósito, o entendimento esposado esta Egrégia Corte, *exempli gratia*:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – RECUSA NA CONCESSÃO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO – EXISTÊNCIA DE SUPOSTA DÍVIDA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDUTA DOLOSA, DO DANO MORAL ALEGADO E DO NEXO CAUSAL – MERO ABORRECIMENTO – DANO MATERIAL – NECESSIDADE DE PROVA INEQUÍVOCA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.*
>
> *Para que haja dever de indenizar por responsabilidade civil, é necessário o preenchimento de certos requisitos, quais sejam, fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência, imperícia ou imprudência; ocorrência de um dano patrimonial ou moral; e, nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente.*
>
> *(...)*
>
> *Recurso conhecido e improvido.* (TJ/MS, Apelação Cível n. 2010.022749-4, Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, Terceira Turma Cível, Julgamento: 10.8.2010) (g.n.)

In casu, a celeuma deriva da violação de cláusulas contratuais, com transferência indevida de *know-how* para terceiros, violação da propriedade intelectual e consequente concorrência desleal.

Para averiguar eventual responsabilidade, necessário se faz primeiramente examinar os termos do contrato pactuado entre a autora e a requerida Xerox, a propósito relevantes excertos do instrumento:

> *5 Valor e condições de pagamento*
>
> *5.1 O valor do presente instrumento resultará dos pagamentos a serem feitos pela Xerox Comércio E Indústria Ltda à Nota Control S/C Ltda da seguinte remuneração:*
>
> *Mensalmente, 10% (dez por cento) sobre o faturamento mensal obtido pela Xerox Comércio E Indústria Ltda, decorrente especificamente dos contratos que venham a ser celebrados por esta com seus clientes, sob a égide deste instrumento e durante a efetiva vigência de tais contratos (firmados pois, tendo por objeto a prestação dos serviços descritos no item 2.3);*

10 Art. 927, caput, do CC: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

11 VENOSA, Sílvio de Salvo *in* **Direito Civil** – Parte Geral, 5. ed, 2005, Editora Atlas, p. 573

(...)

7.16 Ajustam as partes que este instrumento é intransferível para terceiros, seja por parte da Nota Control S/C Ltda ou da Xerox Comércio E Indústria Ltda, excetuando-se com relação a esta última, empresas do mesmo Grupo econômico da Xerox Comércio E Indústria Ltda.

7.17 A Xerox Comércio E Indústria Ltda poderá terceirizar os serviços objeto do presente instrumento através de práticas existentes no mercado, tais como: franchising, licenciamento de concessionários para a exploração do negócio, ficando, em tais hipóteses, unicamente responsável por essa terceirização, inclusive no tocante à remuneração da Nota Control S/C Ltda, que incidirá sobre o faturamento da Xerox Comércio E Indústria Ltda, especificamente advindo das citadas eventuais terceirizações, atendido o mesmo percentual previsto neste contrato.

(...)

7.19 Em caso de terceirização pela Xerox Comércio e Indústria Ltda, a remuneração da Nota Control S/C Ltda obedecerá aos termos da subcláusula 5.1 do contrato original, exceto quanto à fixação do valor da remuneração que será discutido a cada caso, tendo por base para a aplica~çao do percentual o valor bruto faturado contra a empresa terceira, pela utilização da tecnologia objeto do Contrato de Transferência de Know-How, ficando a Xerox Comércio e Indústria responsável civil e criminalmente, por prejuízos que qualquer terceirizado seu vier a impor à Nota Control. (aditivo fl. 69)

7.20 A Xerox Comércio E Indústria Ltda poderá a seu exclusivo critério, alugar o sistema nota control, aos Municípios ou Estados interessados se assim o desejar, ficando todavia, responsável por qualquer prejuízo que, por ventura, venha a ser causado e pelo fiel cumprimento e observância de todas as cláusulas e condições aqui pactuadas.

Como se vê, há disposição expressa no contrato de cessão de uso de sistema de computador e de transferência de *know-how* para responsabilizar a requerida-apelante Xerox pela reparação de todo e qualquer dano que a autora-apelada sofra em virtude da inadimplência do instrumento, bem como pela terceirização do sistema.

Após a formalização do contrato (fl. 47-60) e com o início do prazo para consecução do quanto acordado, a requerida Xerox expediu notificação à autora, informando constituição da nova empresa e pedindo concordância da autora Nota Control (fls. 304-305).

Às fls. 307-308 e 311-12, a autora Nota Control respondeu, informando que não concordava com a transferência de gestão do sistema para uma terceira empresa, conforme cláusula 7.16, bem como o ato caracterizava descumprimento de cláusulas contratuais, uma vez que a cessão era instransferível, a não ser por terceirização.

A requerida Xerox informou à fl. 316 que as cláusulas 6, 7 e 8 do último aditivo autorizava a terceirização nas condições ali estipuladas, alterando as cláusulas 7.10 e 7.17 do instrumento principal.

Mesmo com o envio das notificações, a empresa Xerox efetuou contrato de prestação de serviços de gestão operacional do Sistema Nota Control com a empresa Benefix (fls. 326-335), de forma que consta na cláusula 9 do referido instrumento: *"Propriedade intelectual: todas as tecnologias, metodologias, sistemas, programas, modernizações e atualizações desenvolvidas pela Xerox para a prestação dos serviços objeto do presente contrato pertencerão exclusivamente à Nota Control. A Benefix, por força do contrato da Xerox*

com a Nota Control, não desenvolverá manutenções ou melhorias no Sistema Nota Control, cabendo esta parte exclusivamente à Xerox."

Assim, a autora efetuou a notificação extrajudicial da ré Xerox (fl. 337-340) com o fim de rescindir o contrato de cessão de uso de sistema de computador e de transferência de *know-how*, celebrado em 19/04/2000; ficando vedado o uso do Sistema Nota Control; requerendo que a Xerox comprovasse a rescisão do contrato de prestação de serviços de gestão operacional do Sistema Nota Control com a empresa Benefix, bem como lhe entregasse os códigos fonte do sistema.

Às fls. 349-352, a requerida a Xerox aceitou a rescisão unilateral do contrato com a Nota Control, compromete-se a não celebrar novos contratos utilizando o sistema nota control; entregar códigos-fonte; contudo, se recusou a rescindir contrato com a Benefix sob pena de ser impedida de honrar os compromissos ali assumidos com as prefeituras.

Assim, verifico que a autora não obteve a contraprestação devida.

Posteriormente, autora-apelada juntou documentos que comprovam que a empresa Benefix participou dos editais de concorrência (fl. 359 e 644) logrando êxito em vencer a autora.

Diante dessas circunstâncias, como já foi fundamentado, a empresa Xerox transferiu indevidamente todo o *know-how* necessário para a empresa Benefix se fundar e criar um novo sistema de computador, bem base em toda a experiência adquirida pelos ex-funcionários da Xerox, também réus deste processo, Antonio José da Silva Girundi e Paulo Gabriel Ferreira Lage, sócios-proprietários da nova empresa (Benefix).

Sendo assim, pleiteou a autora-apelada a reparação pelos danos materiais em decorrência da violação das cláusulas contratuais, e da propriedade intelectual devidamente protegida por lei.

Com efeito, dos documentos acostados, infere-se claramente que houve transferência indevida de *know-how* e do Sistema Nota Control à empresa Benefix.

Assim, inegável a atribuição de arcar com os ônus derivados de seu ato ilícito.

Entendo que o valor aplicado na sentença de primeiro grau supre as despesas decorrentes da violação contratual e da propriedade intelectual, até porque está de acordo com a porcentagem prevista no instrumento particular de cessão (cláusula 5.1) como vimos anteriormente.

Se a autora-apelada possuía direito a 10% do lucro mensalmente obtido com o Sistema Nota Control, e este foi repassado indevidamente à empresa Benefix que se beneficiou do referido sistema e de todo *know-how*, nada mais justo que a condenação aos danos materiais seja à proporção de 10% (dez por cento) sobre os contratos efetuados pela Benefix e que tenham por objeto a utilização do sistema que originou da ideia (propriedade intelectual da autora), com a incidência dos mesmos encargos, nos termos a cláusula 5, bem como do item 7.19 do aditivo)

A jurisprudência se alinha quanto ao dever de indenizar:

> *RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PROPRIEDADE INTELECTUAL. CONTRAFAÇÃO. PROGRAMAS DE COMPUTADOR (SOFTWARE). CARÁTER PUNITIVO E PEDAGÓGICO. ARTIGOS ANALISADOS: ART. 102 DA LEI 9.610/98.*
>
> *1. Ação de indenização ajuizada em 14.03.2003. Recurso especial concluso ao Gabinete em 20.08.2013.*

2. Discussão relativa à adequação dos critérios utilizados para fixar a indenização devida, em razão da utilização ilegítima de softwares desenvolvidos pela recorrente.

3. A exegese do art. 102 da Lei de Direitos Autorais evidencia o caráter punitivo da indenização, ou seja, a intenção do legislador de que seja primordialmente aplicado com o escopo de inibir novas práticas semelhantes.

4. Aa mera compensação financeira mostra-se não apenas conivente com a conduta ilícita, mas estimula sua prática, tornando preferível assumir o risco de utilizar ilegalmente os programas, pois, se flagrado e processado, o infrator se verá obrigado, quanto muito, a pagar ao titular valor correspondente às licenças respectivas.

5. A quantificação da sanção a ser fixada para as hipóteses de uso indevido (ausente a comercialização) de obra protegida por direitos autorais não se encontra disciplinada pela Lei 9.610/98, de modo que deve o julgador, diante do caso concreto, utilizar os critérios que melhor representem os princípios de equidade e justiça, igualmente considerando a potencialidade da ofensa e seus reflexos.

6. É razoável a majoração da indenização ao equivalente a 10 vezes o valor dos programas apreendidos, considerando para tanto os próprios acórdãos paradigmas colacionados pela recorrente, como os precedentes deste Tribunal em casos semelhantes.

7. Recurso especial provido. (REsp 1403865/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/11/2013, DJe 18/11/2013)

DIREITO AUTORAL. AGRAVO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROGRAMA DE COMPUTADOR (SOFTWARE). INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO. PARÂMETROS.

- A pena pecuniária imposta ao infrator não se encontra restrita ao valor de mercado dos programas apreendidos. Inteligência do art. 102 da Lei nº 9.610/98.

- A fixação do valor da indenização pela prática da contrafação deve servir, entre outras coisas, para desestimular a prática ofensiva, sem, no entanto, implicar enriquecimento sem causa do titular dos direitos autorais violados.

- Agravo nos embargos de declaração no recurso especial não provido. (AgRg nos EDcl no REsp 1375020/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 06/08/2013, DJe 20/08/2013)

Destarte, irreprimível a sentença vergastada.

Ex positis, conheço dos dois recursos de apelação cível interpostos por Xerox Comércio e Indústria Ltda, Benefix Sistemas e Gestão de Negócios Ltda, Antônio José da Silva Girundi, Paulo Gabriel Ferreira Lage, rejeito as preliminares de ilegitimidade passiva e de cerceamento de defesa para, no mérito, negar-lhes provimento, mantendo incólumes os termos da r. sentença.

Deixo de fixar honorários recursais, eis que a sentença foi proferida sob a égide do CPC/73.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao agravo retido, rejeitaram as preliminares, no mérito, negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

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

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

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

Campo Grande, 15 de fevereiro de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0016994-13.2011.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – NOTAS PROMISSÓRIAS – ENDOSSO PÓSTUMO AO VENCIMENTO EM FAVOR DE EX-ESPOSA COMO SUPOSTO PAGAMENTO DE QUOTA-PARTE DA DIVISÃO DOS BENS DO CASAL – ENDOSSO DE MÁ-FÉ CARACTERIZADO – OPONIBILIDADE DAS EXCEÇÕES PESSOAIS DO DEVEDOR EM FACE DO TERCEIRO EXEQUENTE E ENDOSSATÁRIO.

A regra geral é a de que o título de crédito endossado desvincula-se da sua causa, conferindo ao endossatário as vantagens advindas dos princípios inerentes aos títulos de crédito, notadamente o da autonomia das obrigações cambiais e inoponibilidade das exceções pessoais. Desse modo, não é possível opor ao terceiro portador de boa-fé a exceção de suposta ilicitude do ato que deu origem ao título.

Todavia, se se afere que o endosso ocorreu depois do vencimento das notas promissórias e se deram em favor da ex-esposa, de quem o credor originário estava se separando judicialmente, como suposto pagamento de sua quota-parte na divisão do patrimônio do casal, não se afigura, ante as circunstâncias da causa, que a endossatária esteja de boa-fé, pelo que se torna possível ao devedor discutir, perante ela, a *causa debendi* originária.

Afinal, refoge dos padrões comuns o recebimento, pela ex-esposa, durante o processo de separação judicial, de títulos de créditos vencidos e não pagos, em relação aos quais teria que mover ação de execução para recebimento do valor respectivo, processo sabidamente moroso e fincado na responsabilidade patrimonial do devedor, sem qualquer garantia de efetivo recebimento do crédito representado pelas notas promissórias, ainda mais pelo seu valor de face, ou nominal.

EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL – EMBARGOS DO DEVEDOR – NOTAS PROMISSÓRIAS – ENDOSSO PÓS-VENCIMENTO DAS OBRIGAÇÕES – DISCUSSÃO DA *CAUSA DEBENDI* ANTE A PROVA DA MÁ-FÉ DOS FIGURANTES DA RELAÇÃO OBRIGACIONAL DECORRENTE DO ENDOSSO – POSSIBILIDADE – TÍTULOS DE CRÉDITO QUE VEICULAM COBRANÇA DE JUROS REMUNERATÓRIOS EXCESSIVOS, SUPERIORES À TAXA LEGAL – RECONHECIMENTO DO VALOR ORIGINÁRIO DEVIDO, COM JUROS À TAXA LEGAL – PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO PELO VALOR RECONHECIDO COMO SENDO O EFETIVAMENTE DEVIDO, COM CORREÇÃO MONETÁRIA DO VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO E JUROS DE REMUNERATÓRIOS DE 1% AO MÊS, CONTADOS TAMBÉM DO VENCIMENTO, ATÉ EFETIVO PAGAMENTO, SEM PREJUÍZO DOS JUROS DE MORA, ESTES, À SUA VEZ, TAMBÉM FIXADOS EM 1% DO VALOR DA OBRIGAÇÃO.

Comprovado que as notas promissórias foram entregues em pagamento de dívida anterior firmada pelo devedor que era de valor inferior ao total dos títulos que se executa, e comprovado que o credor originário cobrou taxa de juros remuneratórios em percentuais superiores à taxa legal, ofendendo a lei de usura, deve-se acolher o pedido subsidiário formulado pelo devedor, no sentido de permitir-se o prosseguimento da execução pelo valor original da dívida, estabelecida neste acórdão,

com correção monetária pela variação do IGPM-FGV e juros remuneratórios de 1% ao mês (artigo 591 do CC de 2002), ambos contados do vencimento dos títulos, até a data do efetivo pagamento, sem prejuízo dos juros de mora, de origem distinta, contados, também, à razão de 1% ao mês, nos termos do artigo 406 do CC de 2002.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 14 de dezembro de 2016.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de apelação cível interposta às f. 378/385 por Antonio Cezar Lacerda Alves e Berenice Auler Krabbe, insurgindo-se contra a sentença de fls. 360/365, proferida pela juíza da 2ª vara cível de Campo Grande, Dra. Silvia Eliane Tedardi da Silva, que julgou improcedente o pedido dos embargos à execução que promove em face de Paula Dias da Silva**.**

Defendem a nulidade das notas promissórias por vício na origem, uma vez que nelas estariam embutidos juros acima do permitido por lei (agiotagem); que o valor originário da dívida é de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), obtida em 12/01/06, e que foram aplicados juros de 5% ao mês .

Afirmam que a apelada não pode ser considerada terceiro de boa-fé, pois, na época do empréstimo, era casada com o endossante e credor originário, Roberto Oliveira Soares, sendo óbvio que ela tinha conhecimento da negociação originária.

Pontua que, na escritura pública de separação consensual (fls. 13/15 dos autos da execução), uma das notas promissórias executadas, de R$ 50.000,00, tocou ao Sr. Roberto e não à apelada, tendo sido endossada só posteriormente, quando já vencida e não paga, e não no momento da partilha; que esse fato demonstra conluio entre o endossante e a endossatária; que o endosso ocorreu com o único propósito de afastar a discussão da origem da dívida, já que não é crível que a apelada aceitasse notas promissórias vencidas e não pagas como forma de compor o seu quinhão no processo de separação. Que, por tais motivos, deve ser afastada a presunção de boa-fé da apelada.

Quanto à prática de agiotagem, cita o documento de fls. 38/39, no qual o próprio Sr. Roberto confirma a aplicação de juros de 2,5% ao mês; que, da mesma forma, o patrono da embargada, em audiência realizada no dia 03/07/14 (f. 107/108), confirma que o negócio em questão foi realizado com juros à base de 2,5% ao mês; que, ainda, em depoimento colhido em audiência, a testemunha Marlo Yanko Larsen esclarece que incidiram juros de 2% a 3% ao mês; que tais provas, que comprovam a prática de juros superiores ao permitido por lei, foram ignoradas na sentença.

Que, ademais, os cheques juntados à f. 40 não possuem nenhuma relação com o empréstimo discutido na exordial, mesmo porque, se tivessem dado origem às notas promissórias, não estariam mais em poder do endossante, já que a dívida teria sido renegociada e os cheques resgatados; que seria muita ingenuidade renegociar a dívida, assinar notas promissórias e deixar os cheques em poder do endossante; que aqueles cheques refletem outras negociações entabuladas entre eles (apelantes) e o Sr. Roberto, sem vínculo com a negociação referente às notas promissórias.

Fato é que, sustentam, uma dívida de R$ 30.000,00 em 12/01/2006 resultou em notas promissórias com total de R$ 92.000,00.

E que, diante de todas essas evidências – declarações de prática de juros acima do limite legal e memória de cálculo que comprova o valor e a data real de tomada do empréstimo –, não há como não se admitir que as notas promissórias são nulas de pleno direito.

Pedem, sucessivamente, a redução dos juros para 1% ao mês.

Resumem, ao final, os pedidos recursais: i) afastamento da condição da apelada de terceiro de boa-fé, permitindo que a discussão sobre os vícios nos títulos executados lhe alcancem; ii) reconhecimento da nulidade das notas promissórias pela prática de juros acima do permitido por Lei; e iii) sucessivamente, que seja considerado, para fins de prosseguimento da cobrança, o valor reconhecido pelo executado, de R$ 30.000,00, acrescido de juros legais (1% a.m) a partir de 12/01/06 até a data do efetivo pagamento.

Contrarrazões às fls. 388/401.

VOTO

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

Trata-se de apelação cível interposta às f. 378/385 por Antonio Cezar Lacerda Alves e Berenice Auler Krabbe**,** insurgindo-se contra a sentença de fls. 360/365, proferida pela juíza da 2ª vara cível de Campo Grande, Dra. Silvia Eliane Tedardi da Silva, que julgou improcedente o pedido dos embargos à execução que promove em face de Paula Dias da Silva**.**

O novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015, entrou em vigor no dia 18 de março/2016. A sentença foi publicada em 23 de fevereiro de 2016 (f. 365), anteriormente à entrada em vigor do novel diploma, de sorte que o CPC/1973 deve reger o julgamento do presente recurso.

A apelada move em face dos apelantes a execução de título extrajudicial nº. 0072706-22.2010.8.12.0001, tendo por objeto três notas promissórias que, somadas, totalizam o valor de R$ 92.000,00 (noventa e dois mil reais), sem atualização. Com atualização, segundo a inicial dos embargos, o valor é elevado para R$ 156.150,17.

Tais notas promissórias foram emitidos pelos apelantes em favor de Roberto Oliveira Soares e, depois, endossadas em favor apelada, Paula Dias da Silva, terceira supostamente estranha à relação negocial primitiva.

Propostos embargos e, agora, a presente apelação, os executados alegam que as notas promissórias são frutos de uma negociação ilícita; que teriam tomado empréstimo com Roberto Oliveira Soares (agiota), garantindo o pagamento por meio das notas promissórias que são agora objeto da execução; que, para evitar a discussão da causa *debendi* na execução, Roberto e Paula (sua ex-cônjuge) teriam simulado a transferência dos títulos; que a ausência de boa-fé da terceira é vista pelo fato de que, na escritura de separação consensual

(fls. 13/15 dos autos da execução), uma das notas promissórias, a de R$ 50.000,00, tocou ao Sr. Roberto e não à apelada, tendo sido endossada só posteriormente, quando já vencida e não paga, e não no momento da partilha; que esse fato demonstra conluio entre endossante e endossatária. Discorrem, no mais, sobre a prática de agiotagem que deu origem aos títulos e pedem, ao final, a nulidade destes ou, então, a aplicação de juros de juros legais de 1%.

Pois bem.

A *vexata quaestio gravita*, primeiramente, em torno da responsabilidade do terceiro estranho à relação negocial primitiva e que se apresenta como sendo endossatária de boa-fé, e a possibilidade de discussão da causa debendi dos títulos que se encontram em seu poder.

Sobre o endosso, sabe-se que é o meio pelo qual se transfere a propriedade de um título.

Nos termos preconizados pela doutrina, "*o endosso transfere a propriedade da letra, mas obriga solidariamente o endossante ao pagamento no vencimento*."

Pertinente trazer a lume, a respeito do tema, a doutrina de Amador Paes de Almeida:

> *O endosso, exceto o endosso mandato, é ato transmissível de direito, continuando, porém, o transmissor como responsável pelo pagamento. Mas o endossatário sucede ao endossante apenas na propriedade do título e não em suas relações jurídicas. Seu direito é autônomo e deriva da própria assinatura do alienante (endossante). A responsabilidade do endossante é autônoma e independente. Daí poder aquele exigir o pagamento, mesmo que falte causa à relação jurídica do alienante e não seja possível opor ao endossatário as exceções pessoais de seus antecessores. Donde a conclusão:* ***Não é possível opor ao terceiro portador de boa fé a exceção de ilicitude do ato que deu origem ao título. Mesmo que vicioso o direito dos endossantes precedentes, o endossatário de boa fé é o legítimo proprietário do título****, porque, no conflito entre o proprietário formal e o efetivo, aquele leva a melhor.*[1] (destaquei)

É, pois, consectário do endosso, a ampliação da cadeia de devedores, na medida em que o instituto coobriga o endossante, que, por sua vez, assume vinculação autônoma e solidária de regresso pela aceitação e pelo pagamento.[2]

Como se sabe, a nota promissória é título de crédito dotado de abstração e de autonomia e que, em regra, não é possível discutir, na sua cobrança, a *causa debendi* que originou a dívida pretendida, resguardando-se, assim, o direito do possuidor de boa-fé.

Consoante ensina Amador Paes de Almeida *"a literalidade e a autonomia são princípios que se conjugam. O título de crédito é literal porque independe da relação fundamental, atendendo-se exclusivamente ao que ele expressa e diretamente menciona. É, outrossim, autônomo porque cada um dos intervenientes assume obrigação relativa ao título.* ***Em razão da autonomia cambial, o possuidor de boa-fé não tem o seu direito restringido em decorrência do negócio jurídico subjacente"***.[3] (destaquei)

Trata-se, assim, dos princípios da autonomia das obrigações cambiais e inoponibilidade das relações causais, proclamados pelo art. 25 da Lei n.º 7.357, de 2 de setembro de 1985, que assim dispõe:

> *Quem for demandado por obrigação resultante de cheque não pode opor ao portador exceções fundadas em relações pessoais com o emitente, ou com os portadores anteriores.*

1 ALMEIDA, Amador Paes. **Teoria e Prática dos Títulos de Crédito.** 25 ed. São Paulo: Saraiva, p. 41.

2 MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Canbiário.** Vol. I. Letra de Câmbio. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2001. P. 323.

3 ALMEIDA, Amador Paes. **Teoria e Prática dos Títulos de Crédito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, p. 8.

São também os princípios consagrados pelo art. 22 da Lei Uniforme sobre os cheques, ao dispor que *"as pessoas acionadas em virtude de um cheque não podem opor ao portador as exceções fundadas sobre as relações pessoais delas com o sacador, ou com os portadores anteriores"*.

Vale dizer, *"a abstração e a inoponibilidade referem-se à libertação da nova relação decorrente do endosso da causa que deu origem ao título e aos limites da possibilidade de defesa por parte do devedor"*.[4]

Não é demais relembrar que em razão da autonomia do cheque, *"o possuidor de boa-fé não tem o seu direito restringido em decorrência do negócio subjacente entre os primitivos possuidores e o devedor"*.[5]

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *DESCONTO BANCÁRIO, DIREITO CAMBIÁRIO E PROTESTO EXTRAJUDICIAL. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. AQUISIÇÃO, EM CONTRATO DE DESCONTO BANCÁRIO, DE TÍTULO DE CRÉDITO À ORDEM, DEVIDAMENTE ENDOSSADO. INCIDÊNCIA, EM BENEFÍCIO DA* ***INSTITUIÇÃO FINANCEIRA*** *ENDOSSATÁRIA TERCEIRA DE BOA-FÉ, DOS PRINCÍPIOS CAMBIÁRIOS. C****RÉDITO CAMBIÁRIO, DE NATUREZA ORIGINÁRIA E AUTÔNOMA, QUE SE DESVINCULA DO NEGÓCIO SUBJACENTE.*** *ALEGAÇÃO DO DEVEDOR DE TER HAVIDO SUPERVENIENTE DESFAZIMENTO DO NEGÓCIO FUNDAMENTAL FIRMADO COM O ENDOSSATÁRIO****. HIPÓTESE QUE NÃO RESULTA EM NENHUM PREJUÍZO AO CRÉDITO DE NATUREZA CAMBIAL*** *DO BANCO PORTADOR, EM VISTA DOS PRINCÍPIOS CAMBIÁRIOS DA* ***AUTONOMIA DAS OBRIGAÇÕES CAMBIAIS E DA INOPONIBILIDADE DE EXCEÇÕES PESSOAIS AOS TERCEIROS DE BOA-FÉ****. O PROTESTO DAS CÁRTULAS, EFETUADO DENTRO DO PRAZO PARA A EXECUÇÃO CAMBIAL, CONSTITUI EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO.*
>
> *1. O título de crédito nasce para circular e não para ficar restrito à relação entre o devedor principal e seu credor originário. Daí a preocupação do legislador em proteger o terceiro adquirente de boa-fé para facilitar a circulação do título. (ROSA JR., Luiz Emygdio Franco. Títulos de crédito. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 215) 2. Com efeito, desde a multicitada e veemente advertência de Vivante acerca de que não se deve ser feita investigação jurídica de instituto de direito comercial sem se conhecer a fundo a sua função econômica, a abalizada doutrina vem, constantemente, lecionando que, no exame dos institutos do direito cambiário, não se pode perder de vista que é a sua disciplina própria que permite que os títulos de crédito circulem, propiciando os inúmeros e extremamente relevantes benefícios econômico-sociais almejados pelo legislador.*
>
> *3. Por um lado, o artigo 20 da Lei do Cheque - no que em nada discrepa da LUG - estabelece que o endosso transmite todos os direitos resultantes do cheque e o artigo 22, caput, do mesmo Diploma dispõe que o detentor de cheque à ordem" é considerado portador legitimado, se provar seu direito por uma série ininterrupta de endossos, mesmo que o último seja em branco. Por outro lado, consagrando o princípio da inoponibilidade das exceções pessoais a terceiros de boa-fé, o art. 25 da Lei do Cheque dispõe que quem for demandado por obrigação resultante de cheque não pode opor ao portador exceções fundadas em relações pessoais com o emitente, ou com os portadores anteriores, salvo se o portador o adquiriu conscientemente em detrimento do devedor.*
>
> *4.* ***O cheque endossado - meio cambiário próprio para transferência dos direitos do título de crédito - desvincula-se da sua causa, conferindo ao endossatário as sensíveis vantagens advindas dos princípios inerentes aos títulos de crédito, notadamente o da***

4 NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa: Títulos de Crédito e Contratos Empresariais.** São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

5 ALMEIDA, Amador Paes. **Teoria e Prática dos Títulos de Crédito.** 25 ed. São Paulo: Saraiva, p. 4.

autonomia das obrigações cambiais. É dizer, como os títulos à ordem circularam, constituem direito próprio e autônomo do endossatário terceiro de boa-fé - que não pode ser tolhido -, em vista que a firma do emissor expressa sua vontade unilateral de se obrigar a essa manifestação, não sendo admissível que venha a frustrar as esperanças que desperta em sua circulação. *Precedente.*

5. O protesto do cheque, com apontamento do nome do devedor principal (emitente), é facultativo e, como o título tem por característica intrínseca a inafastável relação entre o emitente e a instituição financeira sacada, é indispensável a prévia apresentação da cártula; não só para que se possa proceder à execução do título, mas também para cogitar do protesto. Tomadas essas cautelas, caracterizando o cheque levado a protesto título executivo extrajudicial, dotado de inequívoca certeza e exigibilidade, não se concebe que possam os credores de boa-fé se verem tolhidos quanto ao seu lídimo direito de resguardarem-se quanto à prescrição; visto que, conforme disposto no art. 202, III, do Código Civil de 2002, o protesto cambial interrompe o prazo prescricional para ajuizamento de ação cambial de execução, ficando, com a vigência do novel Diploma, superada a Súmula 153/STF.

6. Recurso especial não provido. (REsp 1231856/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 04/02/2016, DJe 08/03/2016) (destaquei)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ENDOSSO-TRANSLATIVO. SUSTAÇÃO DO CHEQUE POR INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. ALEGAÇÃO DE RESPONSABILIDADE PELO RISCO DA ATIVIDADE DA EMPRESA ENDOSSATÁRIA. INOPONIBILIDADE DE EXCEÇÕES PESSOAIS. NÃO COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA E ABSTRAÇÃO DO TÍTULO DE CRÉDITO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. À luz dos arts. 915 e 916 do Código Civil, o devedor só pode opor ao portador as exceções fundadas em relação pessoal com este ou em relação ao título, em aspectos formais e materiais, salvo na hipótese de má-fé do endossatário, não verificado na espécie.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 724.963/DF, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 24/11/2015, DJe 09/12/2015).

Transpondo a espécie para o caso em análise, penso que a má-fé do endossante e endossatária estão evidenciados nos autos, a impor o reconhecimento da qualidade de terceiro de má-fé da credora embargada e aqui apelada e possibilitar, por isto mesmo, a discussão da *causa debendi*.

Tal circunstância decorre do fato de que a endossatária e credora das notas promissórias era esposa do primitivo credor. Soa no mínimo estranho que a endossatária teria recebido notas promissórias vencidas e não pagas como parte do pagamento de sua meação em processo de separação do casal.

Trata-se de uma conduta que não é condizente com o que se espera das pessoas que estão se separando, em que os créditos pertencentes ao marido normalmente ficam em seu domínio, transferindo para a esposa, depois, o valor que vier a receber dos títulos vencidos e não pagos e se pagos, e se assim for acordado, respondendo ele próprio pelo pagamento, em prazo certo e determinado, se o devedor não efetuar o pagamento do título de crédito.

Como afirmou a própria magistrada sentenciante, a simulação no ato de transferência dos títulos do primitivo credor, esposo da embargada, para ela própria, é difícil de ser feita, o que não significa, entrementes, que não tenha possibilidade de ser aferida por indícios e presunções, como no caso presente.

Segundo o embargante, e apelante, o negócio originário entre ele e o marido da exequente embargada apelada foi de R$ 30.000,00 na data de 12.01.2006. As três notas promissórias emitidas – e objeto da execução – no valor de R$ 92.000,00 assim o foram a título de *caução* para garantir o pagamento do valor emprestado, em que juros foram cobrados à razão de 5% ao mês, o que caracteriza a prática de agiotagem.

O embargante, assim, não nega dever certa importância ao credor originário, a saber, R$ 30.000,00, desde 12.01.2006. Todavia, não pretende pagar o valor das três notas promissórias exequendas, porque seriam decorrentes de juros extorsivos.

Esta discussão, como se viu acima, pode ser oposta à exequente-embargada, ante a clara simulação do endosso dos títulos para que os apelantes estivessem impossibilitados de discutir a origem do débito, que seria fundado em empréstimo de dinheiro a juros extorsivos, em percentuais superiores ao permitido pelo artigo 1º do Decreto 22.626/33 e, agora, do artigo 405 do Código Civil de 2002.

Para fugir da discussão da *causa debendi* o credor originário, ex-marido da embargada exequente, Sr. Roberto Oliveira Soares, endossou os títulos à embargada, sua ex-esposa, de quem estava se separando, incluindo referida importância, depois da celebração do acordo de separação, como créditos que seriam recebidos pela embargada, a quem os títulos foram transferidos por endosso. Esse fato está provado pela própria declaração assinada por ele e constante às fls. 38/39 dos presentes autos.

Reafirmo que essa atitude não é a esperada entre o casal que está se separando, e tudo foi feito com a finalidade de fugir da discussão da cobrança de juros extorsivos por parte do credor originário, em favor de quem os títulos foram emitidos, sendo irrelevante que parte deles estivessem em branco e fossem posteriormente preenchidos por aquele que se apresenta como credor para fins de execução, no caso a embargada apelada.

Prova essa simulação a presunção de que, em sã consciência, a esposa não receberia títulos vencidos e não pagos para compor a quota-parte de seu patrimônio na separação do casal. É inverossímil um agir dessa forma, pelo que reputo ter ocorrido sim, endosso de má-fé, com possibilidade de discussão da causa debendi por parte dos apelantes embargantes.

Resta definir, contudo, o valor do empréstimo, o valor originário devido e o valor a ser pago, se provado o anatocismo por parte do credor originário.

Nesta apelação os recorrentes afirmam:

> *(...) A prática de agiotagem ficou evidente, tanto que na declaração juntada pela exequente/embargada, o Sr. Roberto confirma a existência de outro empréstimo ao afirmar: Possui ainda outro empréstimo concedido por mim, cheque nº/596194 (anexo) no valor de R$ 5 mil em 09/03/07 com vencimento em 10/04/07* (fl. 38).
>
> *De qualquer forma, há que se ressaltar que os cheques juntados às fls. 40 não têm nenhuma relação com o empréstimo discutido na exordial, mesmo porque, se de fato tivessem dado origem às notas promissórias não estariam mais em poder do endossante, e sim nas mãos dos embargantes/apelantes, já que a suposta dívida teria sido renegociada, e os cheques resgatados.*
>
> *Seria muita ingenuidade dos executados renegociar a dívida, assinar notas promissórias e ainda assim deixar os cheques em poder do endossante. Tais cheques refletem outras negociações entabuladas entre os apelantes e o Sr. Roberto, porém sem vínculo com a negociação refletida pelas notas promissórias em questão.*

Fato é que o negócio jurídico realizado entre o Sr. Roberto e os apelantes foi o empréstimo de R$ 30.000,00 em 12/01/2006, para serem pagos em até 24 meses com juros de 5,0% ao mês, os quais só seriam pagos ao na época, os apelantes se viram obrigados a assinar as notas promissórias que totalizam o valor de R$ 92.000,00 como - garantia - do empréstimo feito.

Tanto é esta a verdade dos fatos que basta um simples cálculo aritmético para confirma-los:

Aplicação de juros compostos de 5,000% ao mês, pro-rata die, entre 12-

Janeiro-2006 e 13-Dezembro-2007 sobre o valor de R$ 30.000,00

Valor original: R$30.000,00

Valor com juros: R$92.291,05

Memória do Cálculo

Juros

*Juros percentuais (JP) = 207,63682 % Valor dos juros (VJ) = VA * JP =*

62.291,0459 Valor total com juros = VA + VJ = R$92.291,05 Observações sobre os juros: Fórmula dos juros compostos: Juros = ((1 + taxa / 100) períodos) - 1 períodos = 20/31 (prop. Janeiro-2006) + 22 (de Fevereiro-2006 a Novembro-2007) + 12/31 (prop. Dezembro-2007) = 23.0323 Juros = ((1 + 5,00000 / 100) 23.0323) - 1 = 207,63682 %

Diante de todas essas evidências - declarações de prática de juros acima do limite legal e memória de cálculo que comprova o valor e a data real de tomada do empréstimo - não há como não admitir que as notas promissórias são nulas de pleno direito, por representarem um instrumento de prática de agiotagem, vedada pelo art. 1º da Lei de Usura (Dec. 22.626/33). (fls. 378/385)

Quanto ao anatocismo, não tenho dúvidas em afirmar que ocorreu, ou seja, - seja qual for o valor realmente emprestado, a ser dirimido adiante - o credor originário cobrava juros à taxa superior à legal, bastando ver sua declaração de fls. 38/39, que supostamente retrata a origem do débito, na versão dada por ele - afirmando ser de valor bem maior que os R$ 30.000,00 mencionados na inicial dos embargos, afirmando que do débito primitivo, representado pelos três cheques de fls. 40, substituído depois pelas três notas promissórias exequendas (emitidas pelo apelante varão e subscritas pela esposa) conteriam juros entre um débito e outro na ordem de 2,5% ao mês, o que já é suficiente para concluir pela existência, sim, da cobrança de juros em patamar superior ao permitido pela lei.

Resta definir o valor efetivamente tomado como emprestado, se de R$ 30.000,00, em janeiro de 2006, para ser pago em 24 parcelas, até dezembro de 2007 (não importando aqui, por ora, a taxa de juros, se de 2,5% ou de 5,00% ao mês), ou se de R$ 76.500,00, representado por aqueles três cheques de fls. 40, substituídos, depois, pelas notas promissórias exequendas, ou, ainda, pura e simplesmente, como quer a credora, o valor das três notas promissórias e sua respectiva correção monetária e juros de mora, desde os respectivos vencimentos.

Os embargantes afirmam – sem qualquer lastro probatório – que o débito seria de R$ 30.000,00, chegando inclusive a fazer cálculo de atualização dele, com juros legais, como se infere às fls. 16, ao passo que o cálculo de fls. 15 seria o valor dos três títulos exequendos, de R$ 92.043,40, com taxa de juros de 5% ao mês.

Nessa mesma declaração de fls. 38/39 dos autos de embargos, subscrita pelo credor originário, Roberto Oliveira Soares, sobre a qual – vinda com a inicial – não sofreu contrariedade específica, afirma ele que o débito originário era de R$ 76.500,00 (e não os R$ 30.000,00 afirmados pelos embargantes) representado por dois cheques, um no valor de R$ 50.000,00 e outro no valor de R$ 21.500,00, ao que se acresce outro, ainda, de R$ 5.000,00, todos reproduzidos na fotocópia de fls. 40, totalizando aquela quantia.

Os dois primeiros cheques foram emitidos pela empresa do embargante varão, Aclabak Assessoria Empresarial Ltda, enquanto que o cheque de R$ 5.000,00 foi emitido pelo próprio embargante varão.

Segundo Roberto Oliveira Soares, o empréstimo original feito ao apelante Antonio Cezar Lacerda Alves não foi de apenas R$ 30.000,00, mas sim de R$ 71.500,00, tomado junto a outra empresa, Euroveículos, de propriedade de Mauro Yarlo Larsen. E ele, pessoalmente, já havia emprestado outros R$ 5.000,00, representado pelo primeiro cheque reproduzido às fls. 40, nesse valor.

Esse empréstimo foi garantido pelos dois cheques acima indicados, um de R$ 50.000,00 e outro no valor de R$ 21.500,00, mas não foram honrados pelo devedor na data em que deveriam ter sido pagos. Segundo essa mesma declaração os empréstimos foram feitos em 05 de janeiro de 2007 e 10 de janeiro de 2007, para serem pagos em 10.04.2007, o que, todavia, não ocorreu.

Por força da falta de pagamento desses três cheques, incluído aí, então, aquele pessoal de R$ 5.000,00, o débito foi renegociado junto ao próprio Sr. Roberto Oliveira Soares, que teria dado um apoio moral àquele empréstimo dado ao apelante Antonio Cezar pela Euroveículos, no que redundou a emissão das três notas promissórias, objeto da execução, no valor de R$ 92.000,00 as quais, atualizadas ao tempo da execução, atingiram o valor de R$ 156.150,17.

Bem se vê as posições antagônicas de ambos os litigantes, a ponto tal de os apelantes fazerem cálculo do valor supostamente tomado como emprestado, de R$ 30.000,00, com taxa de juros de 5% ao mês, chegar ao exato valor das notas promissórias que foram executadas, de R$ 92.043,40.

Os apelantes afirmam, ainda, que aqueles três cheques de fls. 40 não representam o valor do débito original, referindo-se a outras negociações entre as partes.

Os argumentos dos apelantes, todavia, são destituídos de fundamento.

Não deve prevalecer, contudo, o valor pretendido, de R$ 90.000,00, representado pelas três notas promissórias, porque a declaração de fls. 38/39 deixa claro que entre o débito de R$ 76.500,00, representado pelos três cheques de fls. 40, e a subscrição das notas promissórias, foram cobrados juros de 2,5% ao mês.

Essa taxa de juros, evidentemente, não pode prevalecer, donde remanescer, assim, o valor representado pelos cheques, que é o valor que deve ser considerado para fins de ser fixado o valor devido, e desde quando.

É que os apelantes, embora tenham feito a afirmação de que tomaram empréstimo de R$ 30.000,00 em janeiro de 2006, para ser pago até dezembro de 2007, não trouxeram qualquer prova em socorro de seu articulado. Ou seja, não provaram, nos embargos, fato constitutivo de seu direito que, no bojo e refletindo-se na execução, seria correspondente a fato impeditivo da credora de cobrar o valor das três notas promissórias, ao menos nesse valor de R$ 30.000,00.

Ora, não consta dos autos nenhum extrato probatório que o empréstimo teria se dado em janeiro de 2.006, para ser pago em 24 parcelas, à taxa de juros de 5% ao mês, como vêm afirmando os apelantes. Nada há nos autos que evidencie a veracidade dessa afirmação.

Aliás, soa estranho essa alegação, porque se se aferir o extrato da conta corrente do apelante Antonio Cezar Lacerda Alves, bem assim como da própria esposa, Berenice Auler Krabbe, não há prova do depósito do valor de R$ 30.000,00, vindo do Sr. Roberto Oliveira Soares, ao longo de todo mês de janeiro de 2006, quando supostamente teria sido feito o empréstimo dessa mesma quantia,

E, outrossim, é inverossímil a alegação de que teria ocorrido esse empréstimo em janeiro de 2006 se, como se afere do imposto de renda de ambos os apelantes, tinham boas condições financeiras durante esse ano de 2006, a ponto tal de chegarem a emprestar a Gervásio Alves de Oliveira, a quantia de R$ 51.000,00, para ser paga em dezembro de 2006, empréstimo esse depois renovado (vale dizer, não foi pago e não foi cobrado), para ser pago em dezembro de 2007. Isto está claro das fls. 145 dos autos e, depois, às fls. 146, no imposto de renda em relação aos exercícios de 2006 e 2007.

Então, afirmar que passavam por dificuldades financeiras no início de 2006, levando-o apelante Antonio Cezar Lacerda Alves a tomar em janeiro de 2006 um empréstimo de R$ 30.000,00, quando ele próprio emprestou a Gervásio Alves de Oliveira Júnior, nesse mesmo ano, R$ 51.000,00, soa paradoxal e contraditoriamente, não podendo ser alegação que se possa tomar como verdadeira.

Diante disso, prevalece o fato de que a dívida existe, embora executada no valor de R$ 90.000,00, atualizada na época da execução para R$ 156.150,17, o que não significa, todavia, que essa deva ser a quantia a ser tomada, também, em consideração.

É que os cheques de fls. 40, a respeito dos quais os apelantes alegam ser objeto de outras negociações, sem apontar quais teriam sido, suas épocas, seus valores e prazos para pagamento (pelo que se trata de afirmação a cujo respeito não se fez qualquer prova), indicam uma dívida no valor de R$ 76.500,00 (setenta e seis mil e quinhentos reais), que deveria ter sido paga na data de 10 de abril de 2007.

Apenas à guisa de arremate, é de se ver que os apelantes, para justificar cobrança de juros de 5% ao mês, descuraram-se de providência elementar. Como se afere do cálculo de fls. 15, sobre o valor de R$ 30.000,00, havido por eles como sendo o devido, incidiram apenas os juros de 5% ao mês, sem o cômputo de correção monetária, como consta daquele cálculo, o que é estranho, porque o que normalmente ocorre, independentemente da taxa de juros, que remunera o capital, incide a correção monetária, que apenas tem por objetivo atualizar o valor do próprio capital, não sendo *plus* que se acrescenta ao débito.

Esse o valor a ser tomado em consideração como sendo o efetivamente devido, a saber, os R$ 76.500,00, tal como representado nas cópias dos cheques de fls. 40, que representam a origem da negociação entre Antonio Cezar Lacerda Alves e Roberto Oliveira Soares.

Nem os R$ 30.000,00 objetivados pelos apelantes, por completa falta de prova de ser esse o valor efetivamente emprestado e sua data, como, também e tampouco, o valor de R$ 90.000,00 constante das notas promissórias, porque o esposo da embargada afirmou que quando renegociou os cheques de fls. 40, que representariam o valor original do empréstimo, cobrou juros de 2,5% ao mês, chegando a essa quantia de R$ 90.000,00, atualizada, depois, ao tempo da propositura da execução.

Por isto que resta como devido, porque existe a prova documental contida nos cheques de fls. 40, que são cópias dos títulos que representam a dívida original tal como convencionada, de que o débito contraído foi de R$ 76.500,00.

Esse o valor efetivamente devido, R$ 76.500,00 (setenta e seis mil e quinhentos reais), que deve sofrer a atualização monetária pelo IGPM-FGV desde a data do vencimento da obrigação, bem assim como juros de mora de 1% ao mês, contados, também, da mesma data, até efetivo pagamento.

Como data de vencimento da obrigação deve-se considerar que o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) deve ser corrigido desde a data de 09.03.2007, com juros de 1% ao mês também daquela data.

O valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) deverá sofrer a incidência de juros de mora de 1% ao mês e correção monetária desde a data de 05.04.2007.

E, finalmente, o valor de R$ 21.500,00 (vinte e um mil e quinhentos reais) deverá receber a incidência de juros remuneratórios de 1% ao mês e correção monetária desde a data de 10.04.2007, tal como lançado naqueles mesmos cheques de fls. 40.

Há de se fazer, contudo, uma distinção entre os juros remuneratórios e os juros moratórios. Ambos estão previstos no ordenamento civil. Os juros remuneratórios estão previstos no artigo 591 do CC de 2002. Os juros moratórios estão previstos no artigo 406 do mesmo diploma legal.

Os juros remuneratórios não podem exceder à taxa a que se refere o artigo 406 do CC, mas ambos incidem em períodos diferentes.

Entre a data em que o empréstimo foi contraído e a data do vencimento da obrigação, incidirão os juros remuneratórios, segundo a previsão do artigo 591 do diploma civilista.

Depois disso, vencida a obrigação e não paga, incidem os juros moratórios, também de 1% ao mês, agora na forma do artigo 406 do CC de 2002.

Faz-se tal distinção para que não haja confusão no momento de se estabelecer o valor devido sendo que, de qualquer forma, como o percentual das taxas se igualam em um e em outro caso, de rigor, na prática, os juros serão sempre computados na taxa de 1% ao mês, excluindo-se depois do vencimento os juros remuneratórios.

Demais disso, sob o ponto de vista processual, a autora não pleiteou a incidência cumulativa dessas duas espécies de juros, que têm natureza e fins distintos, pelo que, pedido não havendo, não cabe a este tribunal impor a dupla exação. O pedido feito na inicial da execução é, tão-somente, de juros moratórios de 1% ao mês, contados do vencimento da obrigação.

Por isto que, na parte dispositiva, faço distinção entre os períodos em que os juros remuneratórios e os juros moratórios passam a incidir.

Lamenta-se apenas que a credora não tenha apelado para cassar os benefícios da justiça gratuita que, ao que vejo agora, foram indevidamente concedidos aos apelantes, que são pessoas de posse e de bens de raiz, como se afere do extrato de seus impostos de rendas que vieram para os autos.

Infelizmente não houve recurso, nem no tocante à cassação do benefício da gratuidade, nem quanto ao valor dos honorários, fixados apenas em R$ 1.000,00, os quais ficam, assim, mantidos em tal patamar.

Ante o exposto, conheço da apelação de Antonio Cezar Lacerda Alves e Berenice Auler Krabbe e dou parcial provimento para reformar em parte a r. sentença tão-somente para estabelecer que o valor devido e a ser objeto de execução haverá de ser o de R$ 76.500,00, devendo assim ser corrigido:

Sobre o valor de R$ 5.000,00, o débito considera-se vencido e exigível desde a data de 09.03.2007, com juros apenas moratórios de 1% ao mês desde a data da emissão da cártula (09.03.2007), além de correção monetária pelo IGPM-FGV, até a data do efetivo pagamento.

Sobre o valor de R$ 50.000,00, o débito considera-se vencido e exigível desde a data de 05.04.2007, com juros remuneratórios de 1% ao mês incidentes entre a data da emissão da cártula (05.01.2007) e

a data em que deveria ter ocorrido o pagamento (05.04.2007), na forma do art. 591 do CC de 2002, e correção monetária pelo IGPM-FGV, também, desde 05.04.2007. Depois disso incidirão juros moratórios, de 05.04.2007, até efetivo pagamento, na forma do artigo 406 do CC de 2002, à razão de 1% ao mês;

Sobre o valor de R$ 21.500,00, o débito considera-se vencido e exigível desde a data de 10.04.2007 com juros remuneratórios de 1% ao mês incidentes entre a data da emissão da cártula (10.01.2007) e a data em que deveria ter ocorrido o pagamento (10.04.2007), na forma do art. 591 do CC de 2002, e correção monetária pelo IGPM-FGV, também, desde 10.04.2007. Depois disso incidirão juros moratórios, de 10.04.2007, até efetivo pagamento, na forma do artigo 406 do CC de 2002, à razão de 1% ao mês;

Todo o valor devido haverá de ser apurado em liquidação de sentença, por mero cálculo do credor, prosseguindo-se a execução pelo valor encontrado e homologado pelo juízo de primeiro grau, nos termos do balizamento aqui contido.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 14 de dezembro de 2016.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0814343-67.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Dorival Renato Pavan

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE DESPEJO CUMULADA COM COBRANÇA DE ALUGUEIS EM DESFAVOR DO FIADOR – RESPONSABILIDADE DO FIADOR – EXONERAÇÃO DA FIANÇA QUE SE OPEROU COM A MUDANÇA DO LOCATÁRIO DO IMÓVEL, FATO DO CONHECIMENTO DO LOCADOR, O QUAL NÃO O LEVOU AO CONHECIMENTO DO LOCATÁRIO – QUEBRA DOS DEVERES ANEXOS AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 422 DO CC DE 2002 E DA SÚMULA 214 DO STJ – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA REFORMAR A SENTENÇA E JULGAR IMPROCEDENTES OS PEDIDOS CONTIDOS NA INICIAL.

Nos termos da Súmula 214 do STJ, "*o fiador, na locação, não responde por obrigações resultantes de aditamento que não anuiu*".

Assim, se o locatário muda-se do imóvel e ali passa a residir sua mãe, a fiança se extinguiu, diante de seu caráter *intuitui personae* e pela configuração de uma sublocação que, tacitamente, passou a ser consentida pelo locador, eis que dela passou a receber a partir da mudança do agora ex-locatário, em relação à qual o fiador não anuiu, de tal forma que os efeitos da fiança originária não se estendem à nova locatária.

Demais disso, o fato de o locador ter consentido que a nova locatária permanecesse por dois anos sem pagar o aluguel, e sem comunicar esse fato, também, ao apelante, dá causa à extinção da fiança, nos termos do artigo 838, I, do CC de 2002, se – *ad argumentandum tantum* – pudesse ser o apelante considerado ainda como fiador na nova relação negocial locativa que passou a existir entre o locador e a mãe do ex-locatário.

Recurso conhecido e provido para julgar improcedentes os pedidos contidos na inicial da ação de despejo cumulada com cobrança dos alugueres.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 7 de dezembro de 2016.

Des. Dorival Renato Pavan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ismael Almada Filho em face da sentença de fls. 128/132, proferida pelo juiz da 16ª Vara Cível de Campo Grande, Dr. Marcelo Andrade Campos Silva, que julgou parcialmente procedente a ação de despejo cumulada com cobrança de alugueis ajuizada por Manoel Nogueira de Souza.

Em suas razões de fls. 135/147, o apelante afirma que, ainda que pela letra fria do contrato tenha se prestado como fiador do devedor dos alugueis, na verdade, pediu exoneração da fiança há muitos anos, não tendo guardado o comprovante de tal pedido junto à imobiliária responsável.

Sustenta que restou ferida a boa-fé contratual no presente caso, já que a inadimplência se iniciou em julho/2012, tendo a ação de cobrança sido ajuizada somente em 2014, sem que houvesse nenhum tipo de notificação prévia, durante o período de inadimplência, do fiador, ora apelante.

Assevera que a exoneração da fiança se comprova pela desocupação do imóvel locado, por parte do afiançado, em 2005; já que a fiança não se poderia manter mesmo após a alteração do morador do imóvel.

Alega que ocorreram, na hipótese, supressio e surrectio, tu quoque e novação subjetiva.

Pugna, por conseguinte, pelo conhecimento e provimento de seu recurso.

Assevera que a exoneração da fiança se comprova pela desocupação do imóvel locado, por parte do afiançado, em 2005; já que a fiança não se poderia manter mesmo após a alteração do morador do imóvel.

Alega que ocorreram, na hipótese, supressio e surrectio, tu quoque e novação subjetiva.

Pugna, por conseguinte, pelo conhecimento e provimento de seu recurso.

Contrarrazões às fls. 151/154 pelo não provimento do recurso.

VOTO

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

O novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, entrou em vigor no dia 18 de março de 2016, e a sentença foi publicada em 16 de junho de 2016 (fl. 133), ou seja, já sob a égide do novel diploma, de sorte que este deve reger o julgamento do presente recurso.

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 do apelado para apresentar contrarrazões e promoveu a remessa dos autos ao Tribunal para juízo de admissibilidade.

Passo ao juízo de admissibilidade.

Observa-se que o apelante foi intimado da sentença pelo Diário da Justiça nº. 3598, do dia 20/06/2016, certidão de fl. 134, com início do prazo em 21/06/2016 e término em 11/07/2016.

O presente recurso foi interposto em 08/07/2016, em atenção, portanto, ao prazo do § 5º do art. 1003 do NCPC.

Observa-se, outrossim, que houve recolhimento de preparo, conforme guia de recolhimento de fl. 148.

O apelado, por sua vez, apresentou contrarrazões no dia 26/07/2016, respeitando o prazo previsto na certidão de fl. 150.

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.

O apelado ingressou com a presente ação de despejo cumulada com cobrança de alugueis alegando a inadimplência de Juliano Araújo Machado, a partir de 31.07.2012, em relação ao aluguel mensal de R$355,00 mais IPTU. Segundo o autor, o apelante deixou de efetuar o pagamento dos alugueis no período de julho de 2012 até janeiro de 2014, e as que se vencerem no curso da lide, sendo a dívida total, na data do ajuizamento da ação, de R$ 9.576,54.

Houve a homologação desistência da ação em relação ao locatário (fl. 39/40), sob o fundamento de que houvera falecido, permanecendo a ação apenas em relação ao seu fiador, ora apelante, que apresentou contestação às fls. 51/59, afirmando, em síntese, que havia se exonerado da fiança em meados de julho de 1998, que o locatário havia se mudado do imóvel em 2005, razão pela qual seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da relação processual contida na presente ação.

O juízo *a quo*, após a oitiva das testemunhas (fls. 116), julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais. Transcrevo o dispositivo da r. sentença (fl; 132):

> *Isto posto, e pelo mais que dos autos consta, hei por bem julgar parcialmente procedente o pedido contido na inicial, resolvendo o feito, no mérito, nos termos do art. 487, inc. I, do CPC, de sorte a condenar o requerido ao pagamento dos valores inadimplidos do contrato de fls. 09/11 e vencidos até 22.08.2013, corrigidos monetariamente pelo IGPM/FGV e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a contar dos respectivos vencimentos. Condeno o requerido, ainda, ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios em prol do patrono do requerente, estes fixados em 10% sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do art. 85, § 2º, do CPC.*

A r. sentença mencionou a data de 22.08.2013 porque foi naquela data que o locatário faleceu, fato que motivou o pedido de desistência da ação em relação à sua pessoa, substituído, depois, pelo espólio

Irresignado, o fiador-apelante interpôs o presente recurso, nos termos do que consta no relatório.

Pois bem.

Considerando que foi homologada a desistência da ação em relação ao locatário (fls. 39/40), no que tange ao fiador, ora apelante, subsiste apenas o pedido de cobrança dos alugueis atrasados, tendo como data limite 22.08.2013, como se mencionou.

Além disso, é incontroverso que os alugueis cobrados não foram pagos, visto que o apelante não contestou a inadimplência, mas tão somente sua responsabilidade pelo referido débito.

Assim, passo à análise da matéria devolvida ao juízo *ad quem*.

Da responsabilidade do fiador

No contrato primitivo, celebrado ainda no ano de 1997, constou da cláusula décima quinta da avença (fl. 10):

> *CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA – Assinam também o presente contrato, como FIADORES E PRINCIPAIS PAGADORES, solidariamente responsáveis com o locatário*

> *pelo fiel cumprimento de todas as cláusulas e obrigações decorrentes deste contrato, os senhores ISMAEL ALMADA FILHO, brasileiro, casado, advogado, residente e domiciliado à Rua: Etelvina do Nascimento nº 354 Mata do Jacinto – nesta capital (...) acima qualificados, cuja responsabilidade se estende a todos os aumentos que vierem a ocorrer nos alugueis e encargos de locação e pelos danos e estragos que se verificarem no imóvel, até a efetiva entrega das chaves, ainda que a locação se prorrogar por prazo indeterminado (...).*

Pela cláusula vigésima, outrossim, o fiador assumiu a responsabilidade de pagamento dos alugueres e encargos, caso o locatário não o fizesse, até a efetiva entrega das chaves e desocupação do imóvel pelo locatário (fls. 11).

Esse contrato foi celebrado na data de 11 de junho de 1997, e tinha a previsão de vigência pelo prazo de doze meses, iniciando-se em 11.06.1997 e terminando em 10.06.98.

Pelo artigo 835 do Código Civil, existe a possibilidade de exoneração das obrigações do fiador em contratos desta espécie, o qual dispõe que "*o fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor*".

Como se vê dos autos, o apelante/fiador não tomou as cautelas necessárias para se desobrigar do encargo contratual, de sorte que deve responder pela dívida do contratante Juliano, eis que devedores solidários da obrigação.

Assim o é pois, de acordo com a jurisprudência do STJ, a exoneração da fiança deve ser comunicada expressamente ao locador, por meio de competente notificação extrajudicial. Então, a ausência de provas nesse sentido, tratando-se de prova que só poderia ser produzida pelo apelante (art. 373, II, NCPC), enseja a responsabilização do fiador pela dívida do afiançado.

Neste sentido:

> *EMENTA – AÇÃO DE DESPEJO C/C COBRANÇA DE ALUGUÉIS E ACESSÓRIOS DA LOCAÇÃO – AGRAVO RETIDO – DECISÃO QUE RECEBE O APELO NO DUPLO EFEITO – NÃO CONHECIMENTO – ILEGITIMIDADE PASSIVA – CONTRATO DE LOCAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO – SUCESSÃO DA EMPRESA LOCATÁRIA – EXONERAÇÃO AUTOMÁTICA DO FIADOR – INOCORRÊNCIA – PRORROGAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO – CLÁUSULA DE RESPONSABILIDADE DO FIADOR ATÉ A EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES – IMPOSSIBILIDADE DE EXONERAÇÃO AUTOMÁTICA DO FIADOR – PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – PRELIMINAR AFASTADA – MULTA CONTRATUAL – PERCENTUAL DE 10% – REDUÇÃO – CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INAPLICABILIDADE – ART. 413 DO CÓDIGO CIVIL – AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Somente por meio do recurso de agravo de instrumento é possível a reforma de decisão relativa aos efeitos em que a apelação é recebida, nos termos do art. 522 do Código de Processo Civil.*
>
> *Deve o fiador comunicar expressamente ao locador sua intenção de se exonerar da fiança, por meio da competente notificação extrajudicial, ou, se necessário, manejar a apropriada ação judicial, no caso de alteração no quadro societário da pessoa jurídica locatária.*

Constando cláusula expressa no contrato de locação prevendo que a responsabilidade do fiador perdurará até a efetiva entrega das chaves do imóvel locado, não há falar em desobrigação automática deste pelo período em que houve a prorrogação tácita do contrato por prazo indeterminado, nos termos do entendimento sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça.

O Código de Defesa do Consumidor não se aplica as locações prediais urbanas, por não se tratar de relação de consumo.

Nos termos do art. 413 do Código Civil, a multa estipulada no contrato de locação que se refere à cláusula penal pela inexecução do mesmo só deve ser reduzida quando se mostrar abusiva. (Apelação Cível - Lei Especial - N. 2010.015950-0, Primeira Turma Cível, Rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, j. 30.03.2011)

Assim, a mera alegação de que a exoneração da fiança foi solicitada na imobiliária sem que tenha sido feito prova de que efetivamente ocorreu, não socorre ao apelante.

Trata-se de alegação que, se provada, levaria à formação do convencimento quanto à existência de fato extintivo do direito do fiador-apelante, cujo ônus, assim, estava ao seu encargo, nos termos do art. 373, II, do CPC/15.

Não o fazendo, prevalece o entendimento contido na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual vem se orientando pela admissibilidade da extensão da garantia consubstanciada pela fiança até a entrega real e efetiva das chaves do imóvel (objeto da contratação contida na cláusula 20a do contrato – fls. 11), no caso de prorrogação automática (admitida pela Lei de Locações), conforme se infere dos arestos abaixo colacionados:

AGRAVO REGIMENTAL. CIVIL. LOCAÇÃO. FIANÇA. EXONERAÇÃO. PRORROGAÇÃO CONTRATUAL. ENUNCIADO Nº 214/STJ. INAPLICABILIDADE.

1. Na linha da atual jurisprudência da Terceira Seção desta Corte, não sendo hipótese de aditamento, mas de prorrogação contratual, a que os fiadores comprometeram-se até a entrega das chaves, tem-se como inaplicável o enunciado de n.º 214 de nossa Súmula.

2. O fato de ter o contrato sido firmado por prazo determinado, mas havendo cláusula prevendo a responsabilidade do fiador até a entrega das chaves não afasta o referido entendimento. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag n. 1.217.095/RJ, relator Ministro Haroldo Rodrigues - Desembargador convocado do TJ/CE, Sexta Turma, DJe de 7/6/2010.)

DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. PRORROGAÇÃO DA LOCAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO. CLÁUSULA PREVENDO A RESPONSABILIDADE DOS FIADORES ATÉ A EFETIVA DEVOLUÇÃO DAS CHAVES DO IMÓVEL LOCADO. FIANÇA. PRORROGAÇÃO.PRECEDENTE DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou a compreensão no sentido de que, havendo cláusula expressa no contrato de locação, no sentido de que a responsabilidade dos fiadores perdura até a efetiva entrega das chaves, não há que se falar em exoneração da garantia, ainda que haja prorrogação por prazo indeterminado. (EREsp 612.752/RJ, Rel. Min. JANE SILVA, Des. Conv. do TJMG, DJe 26/5/08).

2. A existência de cláusula contratual prevendo que a prorrogação do contrato locatício somente poderia se dar por escrito não afasta o comando legal inserto no art. 46, § 1º, da Lei 8.245/91, que prevê a possibilidade de prorrogação automática do contrato de locação, por prazo indeterminado.

> *3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.025.059/SP, relator Ministro Arnaldo Esteves de Lima, Quinta Turma, DJe de 29/3/2010. Incide, portanto, o óbice da Súmula n. 83 do STJ. III Conclusão Ante o exposto, não conheço do recurso especial. Publique-se. Brasília, 30 de outubro de 2013. Ministro João Otávio de Noronha Relator, Data da Publicação 11/11/2013*
>
> *EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. LOCAÇÃO. FIANÇA. PRORROGAÇÃO. PRAZO INDETERMINADO. GARANTIA ATÉ ENTREGA DAS CHAVES. PRECEDENTES.*
>
> *1. Conforme jurisprudência firmada pela Egrégia Terceira Seção, no julgamento do EREsp 566.633/CE, havendo cláusula expressa no contrato de locação, no sentido de que a responsabilidade dos fiadores perdura até a efetiva entrega das chaves, não há que se falar em exoneração da garantia, ainda que haja prorrogação por prazo indeterminado.*
>
> *2. Embargos acolhidos.*(EREsp 577.803/SP, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Terceira Seção, julgado em 28/03/2008, DJe 29/05/2008)
>
> *DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. LOCAÇÃO. PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA. FIANÇA.VALIDADE. CLÁUSULA PREVENDO A RESPONSABILIDADE DO FIADOR ATÉ A EFETIVA ENTREGA DAS CHAVES DO IMÓVEL. EXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS.*
>
> *O princípio do pacta sunt servanda, embora temperado pela necessidade de observância da função social do contrato, da probidade e da boa-fé, em seu prisma objetivo, ainda continua plenamente válido em nosso ordenamento jurídico. Assim, têm os contratantes plena liberdade de pactuar normas a gerarem efeitos entre si, desde que estas não venham a ofender interesses sociais previstos na Constituição.*
>
> *O fato de o contrato de locação ter sido celebrado sob a vigência da Lei 6.649/79, por si só, não afasta a responsabilidade dos fiadores pelos débitos locatícios posteriores ao vencimento do contrato de locação, tendo em vista a existência de cláusula expressa em que concordaram em garantir a locação até a efetiva entrega das chaves do imóvel locado.3. Embargos de declaração rejeitados.*(EDcl nos EREsp 791.077/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julgado em 23/04/2008, DJe 21/08/2008)

Não socorre ao apelante, outrossim, o fato de que o fiador faleceu, como consta da certidão de óbito de fls. 38, fato ocorrido na data de 22.08.2013.

Com a morte do afiançado, extingue-se a fiança e nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> *Por ser contrato de natureza intuitu personae, porque importa confiança que inspire o fiador ao credor, a morte do locatário importa em extinção da fiança e exoneração da obrigação do fiador.* (STJ, 5a. Turma, AI 803.977-AgRg, Min. Arnaldo Esteves, 01.03.07, DJU de 19.03.07).

O pedido de pagamento dos alugueis, como se observa da inicial, é correspondente aos alugueis do período de julho de 2012 até janeiro de 2014, além dos que se vencerem no curso da lide, como se observa do requerimento contido às fls. 03.

A r. sentença observou esse fato e estabeleceu o dever de pagamento dos alugueres até a data do falecimento, tão-somente.

Da extinção da fiança. inexistência do dever de pagamento dos alugueres pleiteados na inicial. pedido improcedente.

Sabe-se que a fiança é negócio jurídico *intuitu personae*.

Ocorre que, neste ponto, o apelante fez prova satisfatória de que o locatário deixou de residir no imóvel locado a partir do ano de 2005. tendo constituído uma nova família e deixou residindo no imóvel sua mãe, a qual foi, aliás, ali encontrada quando da citação.

As testemunhas ouvidas em juízo afirmaram que o locatário, com efeito, mudou-se do imóvel naquele ano, como se constata do depoimento de fls. 117/118, testemunhas essas que foram arroladas pelo próprio autor, desse fato tendo tomado conhecimento a imobiliária intermediadora que fez a locação e que era quem, de fato, cobrava os alugueres todos os meses.

Ora, se a imobiliária tomou conhecimento desse fato, em homenagem à boa-fé objetiva que permeia o contrato, deveria ter informado ao fiador sobre a mudança do locatário do imóvel, porque em tal caso poderia manifestar expressamente a exoneração da fiança, e esse fato não lhe foi comunicado, como afirmou o gerente da imobiliária, Sr. Bráulio Barbosa de Oliveira.

Ao sair do imóvel e ali deixar sua mãe, o locatário promoveu, na realidade, uma sublocação não consentida e, nestes termos, o fiador por ela não responde, incidindo na espécie a Súmula 214 do STJ que estabelece que "*o fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento que não anuiu*".

E a prova de que o locatário realmente saiu do imóvel se vê pelo depoimento de Fernando Lucas Teruel (fls. 119) que afirma que o locatário Juliano Araújo constituiu família, mudando-se para outro local, tendo inclusive um filho em data anterior ao ano de 2010, ou seja, bem antes do início da inadimplência que deu causa ao ajuizamento da presente ação.

Érica Valéria Genevro também testemunhou que o locatário mudou-se do imóvel, fato que, segundo Jorge Cristóvão da Silva, embora do conhecimento da imobiliária que representa os interesses do locador, não foi comunicado ao fiador, judicial ou extrajudicialmente.

Ora, tais fatos revelam que houve quebra da boa-fé objetiva que permeia todo e qualquer contrato, e o de locação não haveria de ser diferente, regra contida no artigo 422 do Código Civil de 2002, o que permite concluir que ante a novação subjetiva da locação com a troca – ainda que verbal - da figura do locatário, que passou de Juliano Araújo para sua mãe, não respondia mais o apelante pelos débitos que passaram a existir somente a partir de 2012.

A extinção da fiança, por tal fato, ocorreu antes, e se não se formalizou foi por falta de atendimento ao princípio essencial da boa-fé objetiva com que faltou o locador, através da imobiliária que representava seus interesses, deixando de notificá-lo sobre o fato e, mais do que isto, deixando fluir praticamente dois anos sem que promovesse qualquer cobrança judicial ou extrajudicial antes do tardio ajuizamento desta ação, com agravamento do prejuízo do apelante, se como fiador ali devesse ser ainda mantido.

Mas não deve ser o apelante considerado fiador a partir de 2005, não respondendo, consequentemente, pelos valores locativos contra si cobrados, relativos aos anos de 2012 e seguintes. A mãe do ex-locatário, que passou a ser na realidade a nova locatária, que passou a residir no imóvel, não tem aptidão para permitir que o apelante continuasse a figurar como fiador ante a falta da afectio que normalmente norteiam os negócios dessa espécie ou, também, o seu caráter *intuitu personae*. Afinal, uma coisa é o apelante garantir como fiador os pagamentos a serem feitos por Juliano Araújo. Outra, completamente diferente, é querer impor a continuidade da fiança após a mudança do locatário do imóvel para que assuma os encargos do

contrato que passou a vigir com a mãe do ex-locatário e não mais com este. O teor da Súmula 214 do STJ, acima transcrita, impede tal pretensão do locador apelado.

Acertadamente o apelante alega que os conceitos anexos ao princípio da boa-fé como tu quoque, surrectio e supressio, se analisados, ensejam o provimento do recurso. Em primeiro lugar, vale trazer o significado de cada um desses conceitos.

A máxima *tu quoque* é a geradora da regra de ouro, que enuncia: "*não faça contra o outro o que você não faria contra si mesmo*."

A supressio, por sua vez, é relacionada à teoria dos atos próprios e pode ser conceituada como "*a perda de um direito ou de uma posição jurídica pelo seu não exercício no tempo*."

E, ao mesmo tempo que o credor perde um direito por essa supressão, surge um direito a favor do devedor, por meio da *surrectio* (*erwirkung*), "*direito este que não existia juridicamente até então, mas que decorre da efetividade social, de acordo com os costumes*."

Tais conceitos incidem na espécie, como se viu da descrição dos fatos acima expendidos, principalmente diante do fato de que, inexplicavelmente, inexistiu um lapso temporal de quase dois anos entre a inadimplência (2012) e o ingresso da presente ação (2014) o que enseja a supressio do direito do locador em face do fiador, ainda que tenha sido respeitado o prazo prescricional de três anos desde a inadimplência para ajuizar a presente ação (art. 206, §3º, I, do CC/02), mas que, de outro lado, configurou uma moratória dada pelo locador que tem o efeito jurídico de exonerar o fiador da respectiva obrigação, como se afere do teor do artigo 838, I, do CC de 2002, que estabelece que "*o fiador, ainda que solidário, ficará desobrigado (I) se, sem consentimento seu, o credor conceder moratória ao devedor*".

E no que se refere especificamente à falta de atendimento ao princípio da boa-fé objetiva, conveniente destacar a lição doutrinária de Nelson Rosenval que, ao comentar o artigo 422 do Código Civil,nos ensina:

> *A função integrativa da boa fé resulta do art. 422 do Código Civil. Integrar traz a noção de criar, conceber. Ou seja, além de servir à interpretação do negócio jurídico, a boa-fé é uma fonte, um manancial criador de deveres jurídicos para as partes.*
>
> *Devem elas guardar, tanto nas negociações que antecedem o contrato como durante a execução dele, o princípio da boa-fé.*
>
> *Aqui, prosperam os deveres de proteção de cooperação com os interesses da outra parte – deveres anexos ou laterais – propiciando a realização positiva do fim contratual na tutela aos bens e à pessoa da outra parte.*
>
> *O conteúdo da relação obrigacional é dado pela vontade e integrado pela boa-fé. Com isso, estamos afirmando que a prestação principal do negócio jurídico (dar, fazer e não fazer) é um dado decorrente da vontade. Daí que sejam eles que definem o tipo de contrato.*
>
> *(...) Parece-nos que o art. 422 não se olvidou da responsabilidade pré-contratual, tampouco da responsabilidade post factum finitum.*
>
> *Resta implícito no dispositivo que os deveres de conduta relacionados ao cumprimento honesto e leal da obrigação também se aplicam às negociações preliminares (tratativas) e sobre aquilo que se passa depois do contrato. Não se pode olvidar de que estamos diante de norma de textura aberta, que induz os operadores do direito à sua colmatação com base em argumentações já desenvolvidas pela doutrina.*

> *Em verdade, mesmo antes de a relação obrigacional ser pactuada, já existe o contrato social entre as partes. Os deveres de conduta emergem no momento das primeiras negociações, pois a boa-fé objetiva diz respeito à manutenção da palavra empenhada.*
>
> *Assim, a complexidade da relação obrigacional apanha todo o processo relacional construído pelas partes, não se podendo dissociar os acertos e as promessas inaugurais de tudo aquilo que e verificou após a subscrição do contrato.*

Nelson Rosenwald (ob cit., p. 315) mais uma vez, complementa dizendo que "*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*", completando:

> *Todavia, outros tipos de deveres se impõem na relação obrigacional, completamente desvinculados da vontade de seus participantes. Trata-se dos deveres de conduta, também conhecidos na doutrina como deveres anexos, deveres instrumentais, deveres laterais, deveres acessórios, deveres de proteção e deveres de tutela.*
>
> *Os deveres de conduta são conduzidos ao negócio jurídico pela boa-fé, destinando-se a resguardar o fiel processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra. Eles incidem tanto sobre o devedor quanto sobre o credor, mediante resguardo dos direitos fundamentais de ambos, a partir de uma ordem de cooperação, de proteção e informação, em via de facilitação do adimplemento, tutelando-se pela dignidade do devedor e o crédito do titular ativo.*

Não vejo na conduta do locador apelado, por si ou por sua imobiliária, cumprimento desses deveres anexos ao contrato de locação, faltando com a lisura e com o dever de honestidade para tentar extrair pretensão injusta em face do apelante. Todos os deveres descritos pelo doutrinador, na lição acima transcrita, não foram honrados pelo locador, parecendo-me que quis tirar proveito da situação para receber os alugueres atrasados que ele próprio levou mais de dois anos para postular (concedendo verdadeira moratória para a mãe do ex-locatário a quem o apelante era garante, não dela, contudo) do fiador, sabedor de sua capacidade de promover o pagamento, pela existência de bens em seu nome, embora com extrema dificuldade pessoal se essa obrigação lhe fosse imposta.

Não vejo a menor condição, assim, de responsabilizar o apelante pelo pagamento dos alugueres devidos pela mãe do ex-afiançado do apelante, havendo ele que se considerar completamente desvinculado da obrigação decorrente da fiança que outorgou no longíquo ano de 1997 a partir do momento em que o locatário mudou-se do imóvel, fato que veio a ser do conhecimento do locador, mas que nenhuma providência tomou (e a tanto assim o exigia o artigo 422 do CC) para comunicar ao apelante esse fato, eis que, operando-se a sub-locação e em face do caráter intuitu personae da fiança, que sempre se interpreta restritivamente, certamente iria se desvincular formalmente do contrato.

Essa desvinculação, de qualquer forma, opera-se de pleno direito em face dos fatos ocorridos, como contido no caderno processual, para pronunciar não mais a ilegitimidade passiva do apelante (que existiu, sempre) mas a improcedência da pretensão deduzida pelo autor, o que se faz presentemente tendo em vista o teor do artigo 488 do NCPC, que estabelece que "*sempre que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485*", exatamente como na hipótese presente.

Dispositivo

Ex positis, conheço do recurso de apelação interposto por Ismael Almada Filho e lhe dou provimento para reformar a r. sentença e julgar totalmente improcedentes os pedidos contidos na inicial, declarando a resolução do mérito, nos termos dos artigos 487, I, segunda figura e 488, do CPC/15.

Condeno o autor, por conseguinte, ao pagamento das custas, despesas e honorários advocatícios, que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa (R$ 13.602,54 na data de 07.02.2013), devidamente atualizada pela variação do IGPM-FGV, até a data do efetivo pagamento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. 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, 07 de dezembro de 2016.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0037457-78.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – REJEITADA – MÉRITO – RESPONSABILIDADE CIVIL – QUEDA DE BRINQUEDO EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO – HONORÁRIOS PERICIAIS – VALORES ARBITRADOS COM RAZOABILIDADE – MANTIDOS – RECURSOS DESPROVIDOS.

O princípio da dialeticidade consiste no ônus do recorrente motivar o recurso no ato da interposição, apontando as razões de seu inconformismo com a decisão impugnada, trazendo para isso subsídios à reforma, invalidação ou integração do ato. Logo, não há falar em ofensa ao aludido princípio se os autores recorrentes impugnaram de forma específica a sentença, sustentando as irresignações no tocante ao dano causado pela apelada.

Constatado o defeito na prestação do serviço e presentes o dano e o nexo causal, prescinde a figura da culpa, de modo que haverá o dever de indenizar pelo fornecedor, exceto apenas se comprovado que o defeito inexistiu ou que decorreu de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (CDC, art. 14, §3º, incisos I e II).

A queda de uma criança durante a utilização do brinquedo (escorregador) de um estabelecimento comercial é decorrente de uma fatalidade, por ser fato corriqueiro, muitas vezes impossível de ser evitado, por mais diligentes que sejam os pais ou as pessoas que estejam cuidando delas, não gerando, por si só, o dever de indenizar. Se esta queda decorrer de fatores como defeitos nos brinquedos, falta de manutenção, inobservância das normas técnicas, inclusive no que diz respeito à idade dos usuários, da inexistência de monitores, dentre outros, surgirá, por consequência, o dever de indenizar, o que não é o caso**.**

Logo, não havendo falha ou inadequação na prestação e serviços, não há que falar em condenação da requerida em danos morais.

Não se mostra excessiva a remuneração fixada para os peritos sendo observados os parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade frente ao trabalho a ser desenvolvido pelos profissionais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar. Por unanimidade, negaram provimento ao recurso do Estado de Mato Grosso do Sul. Por maioria e em conformidade com o artigo 942 do CPC, vencidos o 2º e 3º Vogais, negaram provimento ao recurso de Enzo Kauã S. Borges Guimarães e outros, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2017.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Trata-se de apelações cíveis interpostas pelo Estado de Mato Grosso do Sul, na qualidade de terceiro prejudicado, e por Enzo Kauã Scheidt Borges Guimarães e outros, inconformados com a sentença prolatada pela Juiz de Direito da 13ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da Ação de Reparação de Danos Morais e Materiais ajuizada em desfavor da Assis & Blanski Ltda (Pizzaria Hut), julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul

Nas razões de recurso, o ente estatal requer seja apreciado o agravo retido de fls. 303/314, com o fito de reduzir o valor fixado a título de honorários periciais a serem pagos, para a quantia de R$ 1.000,00 (mil reais) para cada perícia.

Sem contrarrazões.

Recurso interposto por Enzo Kauã Scheidt Borges Guimarães e outros

Argumentam que os requisitos autorizadores da reparação civil estão todos presentes, quais sejam, o dano, nexo de causalidade e ainda a omissão praticada pela apelada.

Salientam que pela teoria do "Risco do Empreendimento", todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços, tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente de culpa.

Explanam que a agressão imposta pela recorrida, de forma ilícita, violou direitos subjetivos relativos à integridade moral prevista na Constituição Federal (art. 5º, inciso V e X). Além disso, não há necessidade de se comprovar o dano moral em casos dessa natureza.

Defendem que, tratando-se de relação de consumo, caberia à apelada provar o fato extintivo ou excludente de reparação de danos, o que não foi feito, tornando-se imperiosa a procedência do pedido.

Requerem o provimento do recurso, para o fim de condenar a apelada nos termos da pretensão formulada na inicial, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Em contrarrazões, a apelada suscita preliminar de não conhecimento do recurso, por ofensa ao princípio da dialeticidade. No mérito, pelo desprovimento do apelo (fls. 495/509).

A Procuradoria-Geral de Justiça deixou de emitir parecer em relação ao apelo do Estado de Mato Grosso do Sul. Quanto ao recurso dos autores, opina pelo afastamento da preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade e, no mérito, pelo desprovimento do apelo.

VOTO (EM 20/09/2016)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Trata-se de apelações cíveis interpostas pelo Estado de Mato Grosso do Sul, na qualidade de terceiro prejudicado, e por Enzo Kauã Scheidt Borges Guimarães e outros, inconformados com a sentença prolatada pela Juiz de Direito da 13ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de reparação de

danos morais e materiais ajuizada em desfavor da Assis & Blanski Ltda (Pizzaria Hut), julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

De início, cumpre esclarecer qual é a legislação a ser aplicável no julgamento deste recurso, em razão da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil no dia 18 de março de 2016.

Nos termos do art. 14 do atual Código de Processo Civil, a norma processual nova será aplicável imediatamente aos processos em curso, contudo, não atinge os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada. *In verbis*:

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

No caso, como a sentença recorrida foi proferida em 24/11/2015, adota-se ao presente recurso às normas do Código de Processo Civil de 1973.

Feitos tais esclarecimentos, passo a análise dos recursos.

Colhe-se dos autos, em breves linhas, que os autores ingressaram com a presente ação, afirmando que no dia 31/10/2007 estavam no estabelecimento da requerida (Pizzaria Hut) e, enquanto o autor Flávio Borges Guimarães, sua esposa e seu cunhado estavam à mesa, os demais autores, os menores Enzo Kauã e Logan Arcanjo, brincavam na área de lazer do estabelecimento; que o autor Enzo sofreu uma queda de um brinquedo (escorregador) de 3,2 metros de altura e que, em razão disso, ficou com sequelas psicológicas e alteração de humor; o autor Logan Arcanjo, por ter presenciado a queda, sofreu abalos psicológicos; o pai (Flávio), teve que suportar despesas com a recuperação do menor Enzo, sendo compelido a realizar a maior parte do tratamento pelo Sistema Único de Saúde, por falta de condições financeiras, além de outras despesas. Ao final, pugnaram pela procedência do pedido, para o fim de condenar a requerida a uma indenização por danos morais no valor de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Em sede de contestação, a requerida pugnou pela improcedência dos pedidos. (fls.89/104)

Como relatado, o magistrado *a quo* julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Inconformados, recorrem o Estado de Mato Grosso do Sul, na qualidade de terceiro prejudicado, e os autores a esta Corte objetivando a reforma da sentença.

Nas razões de recurso, o ente estatal requer seja apreciado o agravo retido de fls. 303/314, com o fito de reduzir o valor fixado a título de honorários periciais a serem pagos, para a quantia de R$ 1.000,00 (mil reais) para cada perícia.

Por sua vez, os autores argumentam que os requisitos autorizadores da reparação civil estão todos presentes, quais sejam, o dano, nexo de causalidade e ainda a omissão praticada pela apelada.

Salientam que pela teoria do "Risco do Empreendimento", todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços, tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente de culpa.

Explanam que a agressão imposta pela recorrida, de forma ilícita, violou direitos subjetivos relativos à integridade moral prevista na Constituição Federal (art. 5º, inciso V e X). Além disso, não há necessidade de se comprovar o dano moral em casos dessa natureza.

Defendem que, tratando-se de relação de consumo, caberia à apelada provar o fato extintivo ou excludente de reparação de danos, o que não foi feito, tornando-se imperiosa a procedência do pedido.

Requerem o provimento do recurso, para o fim de condenar a apelada nos termos da pretensão formulada na inicial, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Recurso interposto pelos autores

Por ordem de prejudicialidade, analiso inicialmente o apelo manejado pelos autores Enzo Kauã Scheidt Borges Guimarães, Logan Arcanjo Scheidt Guimarães e Flávio Borges Guimarães.

Preliminar de não conhecimento do recurso – Ofensa ao Princípio da Dialeticidade

Em contrarrazões, a apelada suscita preliminar de não conhecimento do recurso, por ofensa ao princípio da dialeticidade.

Contudo, sem razão.

Como cediço, o princípio da dialeticidade consiste no ônus do recorrente motivar o recurso no ato da interposição, apontando as razões de seu inconformismo com a decisão impugnada, trazendo para isso subsídios à reforma, invalidação ou integração do ato.

Interessante transcrever a citação de Nelson Nery Junior trazida por Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha:

> *Princípio da dialeticidade. De acordo com este princípio, exige-se que todo recurso seja formulado por meio de petição na qual a parte, não apenas manifeste sua inconformidade com ato judicial impugnado, mas, também e necessariamente, indique os motivos de fato e de direito pelos quais requer o novo julgamento da questão nele cogitada. Na verdade, trata-se de princípio ínsito a todo processo, que é essencialmente dialético.* (Curso de Direito Processual Civil, 4ª ed. Salvador: Podium, 2007, v. 03, p. 55)

No caso dos autos, os autores recorrentes impugnaram de forma específica a sentença, sustentando as irresignações no tocante ao dano causado pela apelada.

Logo, não vislumbro a aventada afronta ao princípio da dialeticidade.

Assim, afasto a preliminar.

Mérito

No tocante ao mérito, os autores, ora apelantes, alegam que os requisitos autorizadores da reparação civil estão todos presentes, quais sejam, o dano, nexo de causalidade e ainda a omissão praticada pela apelada.

Salientam que pela teoria do "Risco do Empreendimento", todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços, tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente de culpa.

Explanam que a agressão imposta pela recorrida, de forma ilícita, violou direitos subjetivos relativos à integridade moral prevista na Constituição Federal (art. 5º, inciso V e X). Além disso, não há necessidade de se comprovar o dano moral em casos dessa natureza.

Defendem que, tratando-se de relação de consumo, caberia à apelada provar o fato extintivo ou excludente de reparação de danos, o que não foi feito, tornando-se imperiosa a procedência do pedido.

Requerem o provimento do recurso, para o fim de condenar a apelada nos termos da pretensão formulada na inicial, invertendo-se o ônus da sucumbência.

Pois bem.

É fato incontroverso nos autos que o autor Enzo Kauã efetivamente sofreu uma queda em um brinquedo no estabelecimento da requerida, quando estava brincando na companhia do autor Logan Arcanjo.

Dito isso, a questão que deve ser analisada é se a situação noticiada no feito conduz à responsabilidade da requerida.

Tenho que não.

No caso em espeque, indiscutível que se trata de uma típica relação de consumo, sendo aplicável, por consequência, o art. 14, *caput,* Código de Defesa do Consumido, segundo o qual *"O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados os consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos"*.

Dessa feita, aplicáveis ao caso as regras da responsabilidade civil objetiva, cabendo ao fornecedor de serviços, consoante lhe impõe o artigo 927, parágrafo único, do código Civil e o artigo 14 do CDC, responder, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, tendo em vista o seu dever de proteção e segurança.

Logo, uma vez constatado o defeito na prestação do serviço e presentes o dano e o nexo causal, prescinde a figura da culpa, de modo que haverá o dever de indenizar pelo fornecedor, exceto apenas se comprovado que o defeito inexistiu ou que decorreu de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (CDC, art. 14, §3º, incisos I e II).

Sabe-se que o serviço defeituoso é aquele que não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido (CDC, art. 14, §1º, incisos, I, II e III).

Além disso, determinados resultados são consequência previsível do serviço prestado. Assim, para fins de responsabilidade civil, não basta a demonstração da ocorrência do evento, sendo necessário comprovar que o resultado danoso decorreu da inobservância das regras técnicas ou das regras ditadas pela experiência.

Destarte, transportando tais considerações para o caso em apreço, tem-se que a queda de uma criança durante o uso do brinquedo (escorregador) de um estabelecimento comercial decorre de uma fatalidade, por ser fato até corriqueiro, muitas vezes impossível de ser evitado, por mais diligentes que sejam os pais ou as pessoas que estejam cuidando delas.

Evidentemente se esta queda decorrer de fatores como defeitos nos brinquedos, falta de manutenção, inobservância das normas técnicas, inclusive no que diz respeito à idade dos usuários, da inexistência de monitores, dentre outros, surgirá, por consequência, o deve de indenizar, o que não é o caso**.**

Com efeito, o dano moral é o sofrimento que se impõe a alguém, no corpo ou no espírito, ocasionado por outrem, direta ou indiretamente e derivado de ato ilícito. A vítima que reclama a reparação pecuniária em virtude de dano moral, não pede um preço para sua dor, mas apenas que se lhe proporcione meio de atenuar, em parte, as conseqüências da lesão jurídica.

A doutrina de Caio Mário da Silva Pereira1 a respeito do tema em comento diz o seguinte:

> *O fundamento da reparabilidade pelo dano moral, está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos. Colocando a questão em termos de maior amplitude, Savatier oferece uma definição de dano moral como 'qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária', e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições etc.* (Traité de la Responsabilité Civile, vol. II, n. 525). (Responsabilidade Civil, Ed. Forense, p. 54).

In casu, a perícia médica realizada no autor Enzo às fls. 346/354, consignou:

> *O periciado encontra-se dentro dos limites da normalidade tanto do ponto de vista físico quanto mental.*
>
> *(...)*
>
> *Paciente em bom estado geral, consciente, orientado no tempo e no espaço, sem demonstrar alterações cognitivas, psíquicas ou físicas, sem sinais clinicamente detectávies de hiperatividade (como relatou seu pai), sem alterações senso-perceptivas, com pensamentos de curso normal, memória preservada.*

Afirma ainda que o periciado "'*não apresenta sequelas de distúrbios físicos ou mentais clinicamente detectáveis nesta avaliação"*.

A conclusão que se chega é que a queda do escorregador foi uma fatalidade e mesmo que o menor Enzo estivesse acompanhado de seus pais na ocasião, tal acidente não poderia ter sido evitado, não gerando, por si só, o dever de indenizar.

Destarte, não havendo falha ou inadequação na prestação e serviços, não há que falar em condenação da requerida em danos morais.

Como bem ponderado pelo i. Procurador de Justiça em seu parecer:

> *Não se vislumbra, na hipótese dos autos, que a queda tenha ocasionado um mal evidente, capaz de gerar sofrimento, que atente contraa reputação, a integridade psicológica ou a honra do apelante Enzo Kauã, de forma que o evento (simples queda de criança em brinquedo de playground, sem graves consequências) não passou de mero aborrecimento da vida cotidiana.*
>
> *(...)*
>
> *Ora, o prejuízo material decorrente das despesas suportadas com a recuperação do filho, assim como o fato de o apelante ter que se utilizar do Sistema Único de Saúde, também caracterizam-se como mero aborrecimento, não sendo aptos, isoladamente considerados, a ensejar danos morais.*

> *Por fim, em relação ao Apelante Logan Arcanjo Scheidt Borges Guimarães, que aduziu ter ficado com sequelas psicológicas, com dificuldade de inclusão social com colegas, com crises nervosas, crise de pânico, como bem asseverou o magistrado a quo na sentença, se não restaram sequelas nem para a criança que sofreu a queda (de modo que ela, em teses, não foi tão grave), não s emostra sequer plausível que a criança que a presenciou tenha ficado traumatizada.* (f. 525)

Nesse sentido, destaco os seguintes julgados em casos análogos:

> *RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO POR FRATURA DECORRENTE DA QUEDA DE CRIANÇA DURANTE O RECREIO ESCOLAR Pretensão à indenização por danos materiais e morais experimentados em razão de acidente supostamente ocorrido por omissão de vigilância dos funcionários da Escola Municipal, o que teria possibilitado a queda da aluna de tenra idade Improcedência da demanda corretamente pronunciada em primeiro grau Comportamento culposo dos agentes da unidade escolar não evidenciado nos autos.* ***Impossibilidade de se evitar toda e qualquer queda das crianças durante o período de recreio, representando o evento fato corriqueiro e no mais das vezes inevitável*** *. Apelo da autora não provido.* (TJ-SP, AC 9066701722009826, Relator: Paulo Dimas Mascaretti, Data de Julgamento: 01/02/2012, 8ª Câmara de Direito Público) – grifei.

> *Prestação serviços escolares. Ação indenizatória. Menor vitimado no interior da unidade escolar, ao entrar em choque físico com outra aluna, durante brincadeira costumeira. Sentença de improcedência. 1. Cabe à escola zelar pela segurança de seus alunos, inclusive nas atividades de recreação, contudo, isto não implica responsabilidade por acidente fortuito, causado independentemente do zelo comprovado de professores e funcionários do estabelecimento de ensino.* ***2. Não deve a prestadora de serviços responder por todo e qualquer acidente que ocorra no interior de suas dependências, mas tão somente por aqueles acidentes causados pela prestação de serviços inadequada, o que não se verificou na hipótese*** *. 3. Não se vislumbra violação do dever de guarda por parte da apelada, que, assim, por si ou por seus prepostos, não descumpriu o contrato e, por conseguinte, não se entrevê também defeito na prestação do serviço. 4. Negaram provimento ao recurso.* (TJ-SP - APL: 00214565820048260004, Relator: Vanderci Álvares, Data de Julgamento: 15/05/2014, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 19/05/2014) – grifei

Logo, a ante a ausência de provas de a queda do autor Enzo foi ocasionada pela inadequação dos serviços prestados ou pela negligência do estabelecimento comercial, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul

Nas razões de recurso, o ente estatal requer seja apreciado o agravo retido de fls. 303/314, com o fito de reduzir o valor fixado a título de honorários periciais a serem pagos, para a quantia de R$ 1.000,00 (mil reais) para cada perícia.

Em análise dos autos, denota-se que foram fixados honorários periciais de R$ 3.110,00 (três mil e cento e dez reais), para o Dr. Silvio Haddad e ainda R$ 2.407,42 (dois mil, quatrocentos e sete reais e quarenta e dois centavos) para o perito Hélder Pereira de Figueiredo. O magistrado entendeu que os valores dos honorários dos peritos foram arbitrados dentro da razoabilidade.

No caso, tenho que não se mostra excessiva a remuneração fixada para os peritos sendo observados os parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade frente ao trabalho a ser desenvolvido pelos profissionais.

Nesse sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – DPVAT – NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA MÉDICA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ADIANTAMENTO DAS CUSTAS PERICIAIS EM RAZÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR – VALOR RAZOÁVEL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. I) Em casos como o dos autos, tem-se decidido que o deferimento da inversão do ônus da prova, quando configurada a verossimilhança da alegação ou hipossuficiência da parte, não tem o condão de obrigar a seguradora a custear a prova solicitada pelo autor. II) De qualquer maneira, deve a seguradora se desincumbir do ônus probatório, pois, quedando-se inerte, uma vez concedido o benefício processual de que trata o artigo 6º, inciso VIII, do CDC, presumir-se-ão verdadeiros os fatos que embasam o pedido.*
>
> *Assim, admitida a inversão do ônus probatório, a ré não está obrigada a arcar com os salários do perito, mas poderá sofrer as consequências da ausência da produção da prova. IV) O não-adiantamento dos honorários periciais pela instituição agravante tornaria inócua a inversão do ônus da prova efetivada, tendo em vista a hipossuficiência jurídica e econômica do agravante e a ineficiência do sistema de perícias do Estado, sendo inúmeras as ações propostas com o mesmo fim em razão da constante negativa das seguradoras em pagar o que é de direito da vítima, quando evidenciado o elo de causa e efeito experimentado pela vítima de acidente de trânsito, direito esse decorrente do recolhimento compulsório do valor correspondente ao seguro obrigatório.* ***V) Deve-se manter a decisão do douto juízo de primeiro grau que fixou o quantum dos honorários periciais em patamar razoável e destinado a remunerar condignamente o profissional que irá elaborar o laudo pericial.*** *VI) Recurso conhecido e improvido, mantendo inalterada a decisão recorrida.* (TJ/MS, Agravo Regimental - nº 1407937-47.2015.8.12.0000/50000, Rel. Des. Dorival Renato Pavan Campo Grande) - destaquei

Impende considerar que quando da fixação dos honorários deve ser valorado o trabalho do auxiliar da justiça, sem o qual não é possível a conclusão do feito e a devida presteza e celeridade na prestação jurisdicional.

Desta feita, entendo que o valor apontado a título de honorários periciais não se mostra excessivo para remunerar condignamente o trabalho desempenhado pelo *expert*, devendo o mesmo ser mantido.

Esclareço, por fim, que o Estado recorrente foi compelido ao pagamento das despesas dos peritos, em virtude da assistência judiciária concedida aos autores (art.12, da Lei nº 1060/50). No entanto, nada obsta que futuramente o Estado apelante, provando o desaparecimento dos requisitos de concessão da gratuidade, ingresse com ação própria em face dos autores, ora apelados, postulando o recebimento das despesas que teve com o pagamento dos referidos honorários periciais.

Do prequestionamento.

Por derradeiro, quanto ao prequestionamento requerido pela apelante, todas as questões trazidas à apreciação encontram-se suficientemente debatidas, sendo desnecessária a manifestação expressa dos dispositivos legais para a conclusão do julgamento.

Ante o exposto, conheço dos recursos, rejeito a preliminar arguida em contrarrazões e, no mérito, nego-lhes provimento.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Fernando), após o relator e o 1º vogal afastarem a preliminar e negarem provimento aos recursos.

VOTO (EM 25/10/2016)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (2º Vogal)

Trata-se de procedimentos recursais de apelação interportos pelo Estado de Mato Grosso do Sul, na qualidade de terceiro prejudicado, Enzo Kauã Scheidt Borges Guimarães e outros,contra decisão proferida pelo juízo da 13ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de reparação de danos morais e materiais, ajuizada em face de Assis & Blanski Ltda - (Pizzaria Hutt), que julgou improcedentes os pedidos contidos na inicial.

O insígne Relator afastou a preliminar de ofensa à dialeticidade, no que o acompanho e no mérito negou provimento aos recursos.

Quanto ao recurso interposto pelo terceiro Estado De Mato Grosso do Sul, acompanho o insígne Relator para também desprovê-lo.

No que pertine ao recurso de Enzo Kauã Scheidt Borges Guimarães e outros, o douto Relator também negou provimento à apelação sob o fundamento de que não há prova de que a queda do autor Enzo foi ocasionada pela inadequação dos serviços prestados ou por negligência do estabelecimento comercial.

Além disso, entendeu que a queda da criança do escorregador foi uma fatalidade, que não pode ser atribuída ao recorrido, concluindo que, mesmo que o menor Enzo estivesse acompanhado de seus pais na ocasião, tal acidente não poderia ter sido evitado, não gerando, por si só, o dever de indenizar.

Ante tal e em razão das peculiaridades da demanda, pedi vista, para melhor analisar a questão posta.

Conforme se extrai dos autos, no dia 31.07.2007, por volta das 20:30 h, os recorrentes, Enzo Kauã Scheidt Borges Guimarães, Logan Arcanjo Scheidt Borges Guimarães (menores de idade) e seus pais Flávio Borges Guimarães e Marizani Maggali Scheidt se encontravam nas dependências da recorrida, denominada Pizzaria Hutt, localizada na Av. Afonso Pena, n. 4000, para momento de lazer em família e para saborear pizzas ali servidas.

Enquanto os pais das crianças jantavam, elas se divertiam em um parque infantil, instalado dentro das dependências da Pizzaria, quando então foram surpreendidos com a notícia de que um dos filhos, Enzo Kauã, com 2 anos e 9 meses, havia caído de um escorregador de aproximadamente 3 metros de altura, sendo imediatamente socorrido pelos seus genitores que o levaram para atendimento médico na Santa Casa desta Capital, onde foi inicialmente constatado traumatismo cranioencefálico. (f. 23-24).

Em razão de tal acontecimento, ingressaram com a presenta ação de indenização por danos morais, pedindo a condenação da recorrida ao valor de R$ 500.000,00.

A recorrida, em sua defesa, sustenta a inexistência de falha na prestação dos serviços e a ausência do dever de indenizar, uma vez que o brinquedo não apresentava qualquer defeito que pudesse ensejar a queda do menor. Ressaltou que no mencionado brinquedo há recomendação expressa para que os pais acompanhem de perto as atividades

dos filhos menores de 10 anos, alertando sobre as regras a serem respeitadas. Enfatizou que era dever dos pais cuidar, vigiar e proteger os filhos menores, sob sua guarda e companhia, mas que eles teriam descumprido as normas de segurança, indicadas para o local do acidente e por isso não há falar no seu dever de indenizar.

Feitas tais considerações, vejo que é incontroversa a ocorrência do acidente envolvendo o autor Kauã que, no dia 30.10.2007 e que o sinistro ocorreu no momento em que ele brincava, juntamente com seu irmão, em um parque recreativo proporcionado pela requerida, provocando lesões corporais na criança, que foi levada para a Santa Casa desta Capital, onde permaneceu do dia 01/11/2007 a 04/11/2007, por ter apresentado quadro de vômitos e sonolência, consoante atestam os documentos de f. 18-32.

Das provas colhidas durante a instrução, extraem-se os elementos que passo a relatar:

A perícia técnica realizada pelo Instituto de Criminalística, ligado à Secretaria de Justiça e Segurança Pública, conclui que:

1) Os brinquedos do local apresentam perigo a crianças que os utilizam?

Resp: Sim, devido ao pequeno espaço destinado à 'área de lazer infantil' e disposições dos brinquedos escorregadores, tanto no posicionamento do 'lançamento', bem como na 'ejeção' do corpo da criança no piso do 'parquinho'.

(...) 3. Qual a altura do 'escorregador' existente no local e se existe alguma proteção ao redor do mesmo, para o caso de queda?

Resp: O escorregador tem aproximdamente 1, 4m de altura (...) numa eventual escalada por parte de alguma criança nas grades de proteção, cerca de 2,30m, na área da plataforma.

(...) 4. O piso tem proteção para amortecimento de possível queda de criança?

Resp. O piso da área de lazer infantil 'parquinho' é composto de concreto recoberto por fina camada de forração de carpete, na cor verde; porém, inócuo na função de segurança, por 'queda e altura.

(...)

5. (...)

Por se tratar de área de lazer infantil ofertada às crianças menores, o local encontrava-se desprovida de monitoramento por funcionários da segurança e apajeantes infantis. A gerente Sra. Márcia Regina Fernandes informou aos peritos que o estabelecimento não dispõe de qualquer funcionário para tal função. (Destaquei).

Os peritos constataram ainda várias falhas na segurança do referido parque, mas que para este processo não apresentam relevância e por esse motivo não serão citados.

Já na fase judicial, foi nomeado perito pelo Juízo, que elaborou o laudo em 28 de junho de 2013, ou seja, aproximadamente seis anos após o acidente, o que determinou que vários dos quesitos foram respondidos como prejudicados.

Concluiu o experto (f. 347): *"(...) paciente em bom estado geral, consciente, orientado no tempo e no espaço, sem demonstrar alterações cognitivas, psíquicas ou físicas, sem sinais clinicamente detectáveis*

de hiperatividade (como relatou se pai), sem alterações senso-perceptivas, com pensamentos de curso normal, memória preservada. Refere medo de altura."

As testemunhas ouvidas em Juízo confirmam a ocorrência do acidente no local indicado e a aflição dos pais em relação ao fato ocorrido. (368-373).

Tudo considerado, vejo que, em que pesem os judiciosos fundamentos do insígne Relator, ouso divergir do seu entendimento sobre os fatos e elementos contidos nestes autos, isso porque, tenho que não há dúvida quanto à conduta negligente da recorrida ao não zelar pela segurança dos seus clientes propiciando-lhes um ambiente seguro, já que no espaço destinado à diversão das crianças não existe monitor nem nenhuma supervisão de adulta para resguardar a segurança dos pequenos que lá se encontram.

Em se tratando de um estabelecimento comercial de grande porte e que possui inúmeros funcionários, não é aceitável que, para a segurança das crianças que utilizam os brinquedos, seja colocada tão somente uma placa indicando que os menores de 10 anos devem estar acompanhados dos pais. Ora, a empresa, que certamente lucra com tal atrativo – parquinho – é que deve adotar medidas preventivas, a fim de evitar acidentes com os clientes, como o que ocorreu no caso em testilha.

Não se pode olvidar que o parquinho oferecido pelo estabelecimento comercial é um atrativo para os clientes que têm filhos menores e que na maioria das vezes fazem opção de consumir naquele local justamente em razão dessa comodidade oferecida pela empresa, porque em tese podem jantar com mais tranquilidade, enquanto as crianças se divertem no local destinado para tal.

A responsabilidade, no caso, é objetiva, nos termos do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, dispensando, assim, a comprovação do elemento culpa para a configuração do dever de reparar.

Destarte, patenteados os pressupostos para a responsabilidade civil da empresa ré, o dano moral dispensa prova concreta para a sua caracterização, que origina o dever de indenizar. Suficiente a prova da existência do ato ilícito, pois o dano moral existe in re ipsa.

No caso, o laudo elaborado pelo Instituto de Criminalística é categórico em afirmar que o mencionado brinquedo apresenta risco às crianças, tanto pela falta de segurança, que se mostra ineficiente, como pela ausência de monitores no local, onde há ajuntamento de várias crianças ao mesmo tempo, além do fato de que o piso e a forma como é colocado o brinquedo, implicam risco de sérios danos àqueles que ali frequentam.

Assim, é incontroverso que ao cair do brinquedo disponibilizado à clientela infantil pela recorrido o autor Enzo Kauã sofreu lesões corporais, sendo necessário que permanecesse internado na Santa Casa por quatro dias, ante a possibilidade de traumatismo cranioencefálico e em razão do quadro que apresentava no momento.

O fato de não ter havido sequelas somente serve como atenuante para a família e para a própria criança, que felizmente não sofreu ferimentos ou traumas mais graves, mas tal circunstância não vale na mesma medida para a recorrida, que não se desincumbiu das suas obrigações como empresa fornecedora de serviços ao consumidor, já que não adotou as medidas preventivas de segurança para o local de acesso às crianças, podendo evitar tamanho sofrimento e angústia á criança e aos seus pais, porque não se pode descartar todo o desenrolar dos fatos, após a queda do menor de um brinquedo de altura considerável.

Por outro lado, não resta dúvida de que Logan Arcanjo Scheidt Borges Guimarães (irmão de Enzo) e Flávio Borges Guimarães (pai de Enzo), também foram vítimas de um acidente de consumo, sendo indubitável o dano extrapatrimonial ocasionado a eles pelo fato de estarem presentes ao evento danoso, que lhes gerou angústia e estresse, que ultrapassa o mero dissabor, mormente porque o irmão presenciou a queda de Enzo, o que sem dúvida se mostra uma cena dramática, tanto para uma criança pequena, quanto para os pais, que socorreram Enzo, tendo que conduzi-lo até o hospital, com possível traumatismo cranioencefálico.

O acidente de consumo, ocasiona dano ao consumidor pela falha ou imprestabilidade dos produtos e serviços colocados no mercado de consumo, que não apresentam a segurança que deles legitimamente se espera. O bem jurídico tutelado, no caso, é a segurança ou incolumidade física e patrimonial do consumidor e a relação estabelecida entre as partes é de consumo, sobre a qual incidem as normas da Lei 8.078/90, mais precisamente o preceito contido no § 1º, I a III, de seu artigo 14, que consagra a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores:

> *Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*
>
> *§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:*
>
> *I - o modo de seu fornecimento;*
>
> *II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;*
>
> *III - a época em que foi fornecido.*

Em matéria de relação de consumo, a Lei nº 8.078/90 abandonou o conceito clássico da responsabilidade civil subjetiva, adotando a teoria do risco do empreendimento, fundada na responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos e serviços pelos riscos decorrentes de sua atividade lucrativa.

Sobre o tema leciona Sérgio Cavalieri Filho, em abalizada doutrina:

> *Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorrente do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.* (Programa de Responsabilidade Civil, 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 514).

O encargo atribuído ao fornecedor de indenizar os danos causados pela colocação de produto ou execução de serviço defeituoso no mercado de consumo, contudo, não é absoluto, podendo ser arredado quando se verificar uma das excludentes de responsabilidade, quais sejam, a culpa exclusiva do consumidor, de terceiro ou fortuito externo.

Na responsabilidade pelo fato do serviço, hipótese de que se cuida na espécie *sub examine,* o ônus da prova acerca da inexistência de defeito na prestação da atividade é do fornecedor, a teor do disposto no art. 14, § 3º, I e II, do CDC:

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

> *§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:*
>
> *I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;*
>
> *II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.*

Júlio César Rossi *et alii*, sobre o 14, § 3º, I e II, do CDC, leciona:

> *No fato do produto, como já salientado, somente a força maior e o fortuito externo (entendidos como aqueles que não guardam qualquer relação direta com a atividade do fornecedor, absolutamente estranha ao produto, e que devem se manifestar, necessariamente, após a inserção do bem no mercado de consumo) são considerados eximentes de responsabilidade, porquanto, nessas hipóteses, ocorre verdadeira ruptura do liame causal entre o alegado defeito e o dano presumido.* (Direito Civil: Responsabilidade civil, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009).

Considerado tal, como digo, a responsabilidade da recorrida é objetiva, incumbindo-lhe reparar os danos suportados pelos recorrente, já que evidenciados o nexo de causalidade entre esses e a falha na prestação do serviço, pois no caso, não se pode cogitar de culpa exclusiva da vítima pelo desditoso evento, tampouco é lícito atribuir total responsabilidade pelo ocorrido aos genitores do menor, ao descumprir a recomendação de acompanhar a criança enquanto permanecesse no brinquedo, já que esse ostenta evidente potencialidade lesiva, além do fato de que não havia monitores para garantir a segurança das crianças.

Ao disponibilizar à clientela o equipamento destinado à recreação infantil dos menores que acorrem ao seu estabelecimento negocial – cuja finalidade precípua é o fornecimento de alimentação - a empresa responsável pelo empreendimento também deve propiciar a atividade de acompanhantes ou recreacionistas, treinados para zelar pelo bem estar das crianças enquanto permanecerem nesses espaços de lazer, verdadeiros chamarizes para atrair maior clientela.

Há incremento da atividade comercial com a disponibilização de brinquedos como aquele do qual a criança caiu, exigindo em contrapartida a indispensável garantia de segurança e incolumidade à clientela que utiliza tais espaços recreativos. Não se pode desconhecer que crianças de pouca idade não possuem a exata noção do perigo a que se vêem expostas.

Desse modo, o empresário deve zelar não apenas pela adequada conservação dos equipamentos e brinquedos que disponibiliza aos usuários dos seus serviços nesses espaços de lazer e recreação, como adotar cautelas para garantir a segurança dos freqüentadores e evitar a ocorrência de acidentes de consumo como esse de que os autos dão notícia.

Evidentemente o fornecedor de serviços que proporciona tais atividades recreativas não pode se eximir por completo de responder pelos fatos danosos que elas possam propiciar.

Como dito, ao disponibilizar esse equipamento ao público frequentador do seu estabelecimento comercial, a recorrida certamente o faz com o nítido propósito de atrair maior clientela, daí resultando evidente proveito econômico, de modo que a atividade recreativa sob foco integra o conjunto de facilidades posto à disposição dos clientes pela demandada. Exatamente por isso ela deve responder civilmente pelos riscos daí advindos.

In casu, vê-se que a criança vitimada pela queda do brinquedo tinha apenas 2 anos de idade e veio a cair de uma altura de quase dois metros, tendo que ser levada às pressas para atendimento hospitalar de pronto atendimento, onde permaneceu por quatro dias.

Portanto, resta evidenciada a falha do serviço disponibilizado pela recorrida, pelo deficiente monitoramento do local destinado à recreação da clientela de tenra idade.

Descabe ainda falar em culpa exclusiva da vítima ou dos seus pais pelo evento danoso, ou mesmo em eventual culpa concorrente, já que, como dito, trata-se de risco do empreendimento, que lucra com o fornecimento do produto, para o qual não oferece a segurança devida e necessária.

Configurada a responsabilidade objetiva da requerida, daí exsurge o dever de indenizar.

A propósito, já se posicionou a jurisprudência pátria:

> *APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. ACIDENTE DE CONSUMO. PRESTAÇÃO DEFEITUOSA DE SERVIÇO. FALHA NA SEGURANÇA E DEVER DE VIGILÂNCIA EM PARQUE AQUÁTICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS E MATERIAIS MANTIDOS. VERBA HONORÁRIA MAJORADA. SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA. Os parques aquáticos respondem objetivamente pela prestação de serviço defeituosa, decorrente na falha do dever de segurança e de vigilância, salvo se comprovar qualquer das excludentes de responsabilidade. Inteligência do artigo 14 do CDC. Caso concreto em que a vítima, ao sair de um brinquedo, foi atingida por uma pessoa que corria no interior do parque, sem a intervenção de qualquer dos monitores em relação ao ato contrário às próprias normas do local. Configurada a responsabilidade da ré, o dever de indenizar resta mantido, inclusive no que tange às despesas médicas suportadas, bem como as futuras, já que a vítima, em função do ocorrido, precisou ser submetida a uma osteossíntese no antebraço faturado, com implantação de duas hastes de titânio. (...). Apelo desprovido. Recurso adesivo provido parcialmente.* (Apelação Cível Nº 70029512183, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Romeu Marques Ribeiro Filho, Julgado em 30/06/2010).

Em situações tais os danos morais se presumem, verificam-se *in re ipsa*, ou seja, decorrem da força dos próprios fatos. Pela dimensão do fato e sua natural repercussão na esfera do lesado, é impossível deixar de imaginar que o dano não se configurou.

Os danos morais, nessas circunstâncias, são inerentes ao ilícito civil, decorrendo daí o dever de indenizar, sem exigir qualquer outro elemento complementar para sua demonstração.

Sobre esse tema discorre Carlos Alberto Bittar :

> *Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais, prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, ipso facto, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas conseqüências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova do prejuízo em concreto.*
>
> *(...).*
>
> *O dano existe no próprio fato violador, impondo a necessidade de resposta, que na reparação se efetiva. Surge ex facto, ao atingir a esfera do lesado, provocando-lhe as reações negativas já apontadas. Nesse sentido é que se fala em damnum in re ipsa.*
>
> *Ora, trata-se de presunção absoluta, ou iuris et de iure, como a qualifica a doutrina. Dispensa, portanto, prova em concreto. Com efeito, corolário da orientação traçada é o entendimento de que não há que se cogitar de prova de dano moral. Não cabe ao lesado, pois, fazer demonstração de que sofreu, realmente, o dano moral alegado.* (*in* Reparação Civil por Danos Morais, 1ª. ed. São Paulo: RT, p. 202-204).

Evidenciada a falha do serviço prestado pela ré e comprovada o dano extrapatrimonial experimentado pelos autores, caracterizado está o *damnum in re ipsa***,** o qual se presume, conforme elementares regras da experiência comum, prescindindo de prova de prejuízo concreto.

A propósito:

> *RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE EM BRINQUEDO DE PARQUE. LESÃO FÍSICA EM MENOR. VERIFICADA. DANO MORAL PURO. CONFIGURADORA. FIXAÇÃO DO QUANTUM. CRITÉRIOS. MAJORAÇÃO. A lesão experimentada pela filha da demandante mostrou-se suficiente a caracterizar abalo à esfera íntima da demandante, lesão essa passível de reparação pecuniária. O dano moral, no caso,* ***é*** *o puro, o que faz com que seja desnecessária a produção de prova acerca dos prejuízos, porque presumíveis.Na mensuração do dano, não havendo no sistema brasileiro critérios fixos e objetivos para tanto, mister que o juiz considere aspectos subjetivos dos envolvidos. Assim, características como a condição social, a cultural, a condição financeira, bem como o abalo psíquico suportado, hão de ser ponderadas para a adequada e justa quantificação da cifra reparatória-pedagógica. Dessarte, cotejando-se os elementos supra indicados, é de ser majorada a indenização pelo dano moral experimentado adequando-o ao entendimento desta Colenda Câmara. Deram parcial provimento ao recurso.* (Apelação Cível Nº 70018300095, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Julgado em 07/03/2007).

Do *quantum* indenizatório

Concernente à quantificação do dano moral, há que se levar em conta os critérios da razoabilidade, proporcionalidade e equidade, sem olvidar o grau de culpa dos envolvidos, a extensão do dano, bem como a necessidade de efetiva punição do ofensor, a fim de evitar que reincida na sua conduta lesiva.

Dispõe o art. 944 do Código Civil de 2002: *"A indenização mede-se pela extensão do dano."* E em seu complementar parágrafo único:*"Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização."*

Na lição de. Rui Stoco (*in* Tratado de Responsabilidade Civil, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 2004, 6ª ed., p. 1709):

> *Segundo nosso entendimento a indenização da dor moral, sem descurar desses critérios e circunstâncias que o caso concreto exigir, há de buscar, como regra, duplo objetivo: caráter compensatório e função punitiva da sanção (prevenção e repressão), ou seja: a) condenar o agente causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro, de modo a puni-lo e desestimulá-lo da prática futura de atos semelhantes; b) compensar a vítima com uma importância mais ou menos aleatória, em valor fixo e pago de uma só vez, pela perda que se mostrar irreparável, ou pela dor e humilhação impostas.*

Incumbe ao julgador, portanto, na quantificação dos danos morais ou extrapatrimoniais, levar em conta as peculiaridades do caso concreto, estimando valor que não se preste a ensejar o enriquecimento sem causa do ofendido, porém seja suficiente para significar adequada reprimenda ao ofensor, evitando reincida no comportamento lesivo.

Sopesados tais vetores, considerando a gravidade da conduta ilícita e a extensão dos prejuízos causados aos demandantes, tenho que deve ser fixado o valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) em favor de Enzo Kauã Scheidt Borges Guimarães, R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para Logan Arcanjo Scheidt e R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para Flávio Borges Guimarães, valores que se mostram compatíveis com os termos desta demanda.

Por todas essas considerações, com vênia do insígne Relator, divirjo parciamente do seu entendimento para dar provimento ao recurso interposto por Enzo Kauã Scheidt Borges Guimarães, e Logan Arcanjo Scheidt, para o fim de condenar a recorrida à indenização de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) em favor de Enzo Kauã Scheidt Borges Guimarães, R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para Logan Arcanjo Scheidt e R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para Flávio Borges Guimarães, valores que deverão ser corrigidos pelo IGPM/FGV a contar desta decisão, e juros de mora de 1%, do evento danoso.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 3º vogal (Des. Marco André) convocado nos termos do artigo 942 § 1º do CPC, após o relator e o 1º vogal afastarem a preliminar e negarem provimento aos recursos. O 2º vogal afastava a preliminar, dava provimento ao apelo de Enzo e negava ao recurso do estado.

VOTO (EM 08/11/2016)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (3º Vogal)

Acompanho o voto do 2º Vogal.

Por unanimidade, afastaram a preliminar. Por unanimidade, negaram provimento ao recurso do Estado de Mato Grosso Do Sul. Por maioria, negaram provimento ao recurso de enzo, nos termos do voto do relator, vencido o 2º vogal, que lhe dava provimento. Na forma do artigo 942 § 1º do CPC, prosseguiu-se o julgamento e o 3º vogal deu provimento ao apelo de Enzo, ocorrendo empate na votação. Assim, fica adiada a conclusão de julgamento, em face da necessidade de convocação de novo membro para voto de desempate.

VOTO (EM 31/01/2017)

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (4º Vogal)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Enzo Kauã Scheidt Borges Guimarães e outros pretendendo a reforma da sentença proferida pelo Juízo da 13ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, que julgou improcedente o pedido para condenação ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, formulados na ação movida em face de Assis & Blanski Ltda – Pizza Hut, sustentando estarem presentes os requisitos autorizados para a reparação civil.

O relator, Des. Eduardo Machado Rocha, negou provimento ao recurso, sendo acompanhado pelo Des. Nélio Sábile (1º vogal).

Já o Des. Fernando Mauro Moreira Marinho (2º vogal), acompanhado pelo Des. Marco André Nogueira Hanson (3º vogal), divergiu parcialmente do e. relator e deu provimento ao recurso de apelação para o fim de condenar a requerida ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) em favor de Enzo Kauã Scheidt Borge Guimarães; R$ 5.000,00 (cinco mil reais para Logan Arcajo Scheidt e R$ 5.000,00 (cinco mil reais) para Flávio Borges Guimarães, valores que deverão ser corrigidos pelo IGPM/FGV a contar da decisão e juros de mora de 1% ao mês, a partir do evento danoso.

A questão a ser dirimida, sob a sistemática do art. 942, do CPC/2015, é a possibilidade de condenação da empresa demanda ao pagamento de indenização por danos morais, em razão de o menor Enzo, ter se envolvido em acidente ocorrido no parquinho localizado nas dependências do estabelecimento comercial demandado.

Primeiramente, não há dúvidas no sentido de que a situação ora examinada trata de relação de consumo, a qual se aplica teoria do risco do empreendimento, prevista no artigo 14, do CDC, segundo o qual "*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*."

Assim, os fornecedores do serviço respondem objetivamente, independentemente de culpa ou dolo, pela reparação dos danos causados aos consumidores, por defeitos relativos à prestação dos serviços.

Por serviço defeituoso, em conformidade com o parágrafo primeiro do mencionado artigo, entende-se ser aquele que "*(...) 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*."

No caso dos autos, como consignado pelo relator do feito, não ficou demonstrado defeito nos brinquedos, falta de manutenção, inobservância de normas técnicas, inclusive no que diz respeito à idade dos usuários.

Segundo o depoimento da testemunha Márcia Regina Fernandes, gerente do estabelecimento comercial, *"(...) que o parquinho há aviso sobre a idade das crianças, não podendo ser maiores de dez anos; que também está fixado no parquinho a recomendação de acompanhamento de pais ou responsáveis; (...)*" (fls. 144/148)

Ademais, a queda da criança, que à época dos fatos contava com 2 anos e 9 meses de idade, e brincava com seu irmão no parquinho do estabelecimento, enquanto seus pais jantavam, no interior do local, foi um acidente que, provavelmente, não poderia ter sido evitado, ainda que o menor estivesse acompanhado por um adulto.

Também, importante frisar que, de acordo com a perícia média (fls. 346/354) a criança não ficou com qualquer sequela, estando física e mentalmente saudável.

Do mesmo modo, não ficou caracterizado o abalo de ordem moral sofrido pelo pai, pois o fato de ter-se utilizado do SUS – Sistema Único de Saúde para realizar o atendimento médico do filho, não se mostra suficiente para gerar o dever de indenizar.

Como ressaltou o d. Procurador de Justiça, *"(...) o prejuízo material decorrente das despesas suportadas com a recuperação do filho assim como o fato de o apelante ter que se utilizar do Sistema Único de Saúde, também caracterizam-se como mero aborrecimento, não sendo aptos, isoladamente considerados, a ensejar danos morais*." (fls. 525)

Ainda de acordo com o Parecer, em relação ao apelante Logan Arcanjo Scheidt Borges Guimarães, que aduziu ter ficado com "*sequelas psicológicas, com dificuldade de inclusão social com colegas, com crises nervosas, crises de pânico*", como bem asseverou o magistrado *a quo* na sentença, "*se não restaram sequelas nem para a criança que sofreu a queda (de modo que ela, em tese, não foi grave), não se mostra sequer plausível que a criança que a presenciou tenha ficado traumatizada*." (fls. 525)

Pelas razões acima enumeradas, não ficou caracterizado o dever de indenizar por ofensa à moral.

Diante do exposto, em cumprimento ao previsto no artigo 942, do CPC, acompanho o Des. Eduardo Machado Rocha (relator), que negou provimento ao recurso de apelação interposto por Enzo Kauã Scheidt Borges Guimarães e outros.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar. Por unanimidade, negaram provimento ao recurso do Estado de Mato Grosso do Sul. Por maioria e em conformidade com o artigo 942 do CPC, vencidos o 2º e 3º vogais, negaram provimento ao recurso de Enzo Kauãs. Borges Guimarães e outros, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

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, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0840358-10.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PUBLICAÇÃO DE FOTOGRAFIA DA AUTORA E DE SUA CANTINA ESCOLAR SEM AUTORIZAÇÃO – JORNAL DE CIRCULAÇÃO ESTADUAL – FOTO ASSOCIADA AO COMÉRCIO DE ALIMENTOS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO MUNICIPAL, QUE REGULA A COMERCIALIZAÇÃO DE ALIMENTOS NAS CANTINAS DOS ESTABELECIMENTOS EDUCACIONAIS DE CAMPO GRANDE – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – FIXAÇÃO DENTRO DOS PATAMARES DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – HONORÁRIOS RECURSAIS – RECURSO PROVIDO.

A responsabilização civil de qualquer pessoa, seja física ou jurídica, depende de comportamento voluntário ilícito e que tal conduta tenha gerado um dano seja de índole moral ou material, consoante preconiza o artigo 186 do Código civil.

Configura-se o dano moral a indevida utilização da imagem da autora em seu estabelecimento sem a devida autorização, aliada ao fato de que a matéria jornalística vinculou a sua imagem a uma suposta conduta irregular em seu estabelecimento, consistente em comercializar alimentos em desacordo com a legislação municipal.

O valor arbitrado a título de indenização por danos morais deve representar uma compensação à vítima e também uma punição ao ofensor, guardando-se proporcionalidade entre o ato lesivo e o dano moral sofrido. Como os parâmetros apontados não foram atendidos pelo juízo a quo, comporta majoração o *quantum* indenizatório.

Tratando-se de recurso interposto sob a égide do novo Código de Processo Civil, impõe-se a majoração dos honorários advocatícios fixados na origem, nos termos do §11 do artigo 85 do CPC.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 7 de março de 2017.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Juízo de Admissibilidade (art. 1.010, §3º, do NCPC e enunciado 99 do FPPC)

Presentes os pressupostos de admissibilidade, recebo o recurso de apelação em ambos os efeitos.

Relatório

Abadia Cristina Silva Farias, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 13ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação indenizatória que move em face de Correio do Estado S.A., interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido.

Alega que a imagem da recorrida e do seu estabelecimento veiculada no Jornal ocupou metade da página e com os dizeres grandes assim descritos: *"Risco à saúde. Com a suspensão das leis estadual e municipal da cantina saudável pela Justiça, produtos industrializados como, biscoitos e salgadinhos, voltaram para as cantinas das escolas de Campo Grande"*.

Argumenta ser incontroversa a ausência de autorização para a captação da imagem da autora. E mais, a recorrente teve de justificar para a diretora da escola como foi dar entrevista sem autorização, além do que, os pais questionaram sobre os produtos vendidos, o que não caracteriza mero aborrecimento.

Explana que a recorrente teve sua imagem e de seu comércio violados pelo recorrido, pois a matéria fora veiculada em todo o Estado de Mato Grosso do Sul do Sul.

Explica que a sentença deve ser reformada, visto que a Súmula 403 do STJ preceitua que: *"Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais."* Logo, fica claro que a imagem publicada foi com fins comerciais (venda do jornal).

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Abadia Cristina Silva Farias, inconformada com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 13ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação indenizatória que move em face de Correio do Estado S.A., interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido.

A apelante ingressou com a presente demanda sustentando, em síntese, que é arrendatária da Cantina da Escola Municipal Bernardo Franco Baís, nesta Comarca.

Relatou que em julho de 2013, um repórter do réu foi até o seu local de trabalho para realização de uma entrevista sobre a Lei da Cantina Saudável, ao que foi respondido que não gostaria de participar.

Explicou que o repórter tirou algumas fotografias sem sua permissão., tendo tomado conhecimento que sua imagem estava estampada no jornal da parte ré, vinculando sua imagem, retratada sem autorização, à venda de produtos que causam riscos à saúde.

Reverberou que no dia 17/10/2013 foi feita nova publicação com sua imagem, de forma que as reportagens lhe trouxeram problemas com os pais dos alunos e a direção da escola, que questionavam quanto à qualidade dos produtos vendidos.

Aduziu que nunca vendeu produtos que não fossem saudáveis.

Pediu a procedência do pedido, a fim de que o apelado fosse condenado a veicular matéria com o fim de desassociar a imagem da autora e sua cantina na reportagem como "risco à saúde", bem como a condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos morais.

Em sede de contestação, a parte requerida manifestou-se pela improcedência dos pedidos. (f. 36/59)

O magistrado a quo julgou improcedente o pedido. (f. 98/111)

Irresignada, recorre a esta Corte pleiteando a reforma da sentença.

Alega que a imagem da recorrida e do seu estabelecimento veiculada no Jornal ocupou metade da página e com os dizeres grandes assim descritos: *"Risco à saúde. Com a suspensão das leis estadual e municipal da cantina saudável pela Justiça, produtos industrializados como, biscoitos e salgadinhos, voltaram para as cantinas das escolas de Campo Grande"*.

Argumenta ser incontroversa a ausência de autorização para a captação da imagem da autora. E mais, a recorrente teve de justificar para a diretora da escola como foi dar entrevista sem autorização, além do que, os pais questionaram sobre os produtos vendidos, o que não caracteriza mero aborrecimento.

Explana que a recorrente teve sua imagem e de seu comércio violados pelo recorrido, pois a matéria fora veiculada em todo o Estado de Mato Grosso do Sul do Sul.

Explica que a sentença deve ser reformada, visto que a Súmula 403 do STJ preceitua que: *"Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais."* Logo, fica claro que a imagem publicada foi com fins comerciais (venda do jornal).

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

Inicialmente, é oportuno registrar que o julgamento do recurso será feito de acordo com o novo Código de Processo Civil, uma vez que a sentença recorrida foi prolatada quando já vigente a Lei 13.106/2015.

Nessa linha é o Enunciado Administrativo nº 3 do STJ:

> *Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativo a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.*

Dito isso, passo ao exame dos recurso.

Cabe examinar no presente recurso se a conduta do apelado ao divulgar conteúdo jornalístico (jornal impresso) contendo a imagem da autora afrontou direitos da personalidade da requerente, de forma a gerar o direito à indenização por dano moral.

Inicialmente é oportuno consignar que a Constituição Federal elenca no art. 5º, dentre os direitos fundamentais, que é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; de outro lado, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação, conforme incisos IX e X.

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

O doutrinador Alexandre de Moraes ensina:

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

O mesmo raciocínio é adotado pelo ilustre doutrinador Antonio Jeová Santos:

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

Ocorre que para se atribuir responsabilidade civil a qualquer pessoa, seja física ou jurídica, é necessário que tenha havido um comportamento voluntário ilícito e que tal conduta tenha gerado um dano seja de índole moral ou material, consoante preconiza o art. 186 do Código civil: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*".

No mesmo sentido, dispõe o art. 927 que "*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*".

No vertente caso ficou comprovado que o apelado publicou uma foto da autora no seu estabelecimento (cantina escolar) sem qualquer autorização, tanto é verdade que não produziu nenhuma prova nesse sentido, isto é, não existe no caderno processual nenhum documento assinado pela autora autorizando a exposição de sua imagem.

A depoente Maria Aparecida Alexandre Martins, Orientadora Educacional na escola onde a autora possui a cantina relatou que o Correio do Estado sempre solicita autorização para fazer as matérias na escola porque é mais próximo de sua sede. A própria escola também já solicitou a reportagem do requerido com a finalidade de divulgar questões de interesse coletivo.

Contudo foi categórica ao afirmar que a autora não gostaria de dar entrevista, e mesmo assim houve o registro fotográfico. (f. 83/84)

Por sua vez, a testemunha Elaine Cristaldo Rodrigues Melo, cozinheira da escola afirmou que nos dia dos fatos presenciou a autora alterada falando diretamente para os funcionários do réu que não queria participar de nenhum tipo de reportagem, porém mesmo assim fora feito o registro fotográfico. (f. 83/84)

Outrossim, não há albergar a pretensão do requerido de que pela foto de f. 21 pode-se concluir que a autora estaria gesticulando com a repórter e assim consentido com a matéria, porquanto a testemunha foi

clara ao relatar que conduziu os funcionários do requerido até a cantina apenas para a autora esclarecer o porquê da negativa em dar entrevista.

E mais, não merece amparo o argumento do requerido de que a matéria jornalística não fez referência à pessoa da autora ou ao seu estabelecimento, porquanto ao reproduzir a foto da apelante em sua cantina seguida do título *"Entidades pedem o retorno da Lei da Cantina Saudável"*, certamente o leitor associou a matéria à uma suposta conduta irregular da autora em seu estabelecimento, isto é, de que a requerente estivesse comercializando produtos proibidos pela legislação municipal.

Assim, o direito à indenização não está sendo reconhecido pela repercussão da matéria após a sua publicação, até porque não há provas de que os pais dos alunos indagaram a autora sobre os produtos comercializados, mas em razão da indevida utilização da imagem da autora, sem a devida autorização, aliada ao fato de que a matéria vinculou a imagem da apelante a uma suposta conduta irregular em seu estabelecimento.

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

Nesse sentido:

> *AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE FOTOGRAFIA NÃO AUTORIZADA EM JORNAL. DIREITO DE IMAGEM. INAPLICABILIDADE DA LEI DE IMPRENSA. -VALOR DA INDENIZAÇÃO - PREVALÊNCIA DO CARÁTER PEDAGÓGICO - RECURSO PRINCIPAL DESPROVIDO - RECURSO ADESIVO PROVIDO.*
>
> *A publicação de fotografia não autorizada em revista ou jornal constitui ofensa ao direito de imagem, ensejando indenização por danos morais, não se confundido, com o delito de imprensa, previsto na Lei nº 5.207/67 (...).* (TJMG - AC 10702085234236001, Relator Antônio de Pádua, 14ª Câmara Cível, j., 03/04/2013)
>
> ***CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE FOTOGRAFIA DO AUTOR SEM AUTORIZAÇÃO EM JORNAL DE CIRCULAÇÃO LOCAL. INFRAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 5º, X, DA CF/88. DANO À IMAGEM CARACTERIZADO (...)***
>
> *A publicação de fotografia não autorizada em periódico de circulação local caracteriza lesão ao direito de imagem e dá azo ao reconhecimento de danos morais, que se presumem (...)* (TJSC - AC 803084 SC 2008.080308-4, Relator Luiz Carlos Freyesleben, Segunda Câmara de Direito Civil, j., 21 de Maio de 2010) - destaquei

De outra banda, o STJ editou a Súmula 403 que assim preceitua:

> *Independe de prova ou prejuízo a indenização pela publicação não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.*

Destarte, tratando-se de imagem como direito constitucionalmente protegido, o uso indevido da imagem do ser humano acarreta indenização, independentemente de prova ou prejuízo-dano.

No que tange ao *quantum* a ser fixado a título de danos morais é cediço que o dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, de forma a compensar o dano, levando em conta as condições financeiras das partes, devendo estar compatível com o dano suportado pelo ofendido.

Entretanto, tem-se que seu objetivo é compensar o dano experimentado pela vítima e punir o seu ofensor, além do que, o arbitramento, deve ficar ao arbítrio do magistrado que o fixará levando em conta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ensina Rui Stoco:

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

Nesse sentido:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA REJEITADA – AÇÕES COM CAUSA DE PEDIR DIVERSA – MÉRITO RECURSAL – INSCRIÇÃO INDEVIDA DE NOME NOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – DÍVIDA NÃO CONTRAÍDA – CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – ART. 14 DO CDC – DEFEITO RELATIVO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – DANO "IN RE IPSA" – DESNECESSIDADE DE SUA COMPROVAÇÃO – QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE ATENDE AOS CRITÉRIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *(...) Mantém-se o valor fixado a título de indenização por danos morais se o magistrado respeitou os princípios da razoabilidade e da moderação, bem como considerou a real proporção do dano, a capacidade socioeconômica e financeira das partes, o grau de culpa do ofensor e a finalidade educativa da indenização.* (Apelação – Nº 0009201-65.2008.8.12.0021, Des. Josué de Oliveira, 4ª Câmara Cível, j., 16 de Abril de 2013). (grifei)
>
> *EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C DANOS MORAIS - RÉ QUE ALEGA TER FEITO A INSCRIÇÃO DO NOME NOS CADASTROS DO SERASA/SPC DEVIDO À OCORRÊNCIA DE FRAUDE PERPETRADA POR TERCEIRO – FALHA DA EMPRESA NA VERIFICAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO – CONFIGURAÇÃO O DANO MORAL IN RE IPSA – JUROS MORATÓRIOS – TERMO INICIAL – EVENTO DANOSO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – DECISÃO MANTIDA. (...) II) O quantum indenizatório deve ser balizado com adstrição aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando-se em consideração elementos como, por exemplo, os transtornos gerados e a capacidade econômica do lesante, para o fim de atender o caráter punitivo ao infrator e compensatório à vítima, inerentes aos objetivos da reparação civil. Indenização por danos morais mantida.* (Agravo Regimental - Nº 0000921-23.2009.8.12.0037/50001, Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, j., 26 de março de 2013).

Aplicando-se esses parâmetros ao caso concreto, mostra-se adequado e apropriado com as finalidades punitivas e compensatória da indenização a fixação dos danos morais no montante de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

O valor há de ser suficiente, não somente para recompor os transtornos causados a requerente, como também desestimular o banco requerido a reincidência, servindo de alerta quanto aos cuidados que devem nortear suas relações comerciais.

Destarte, tenho que o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) se afigura razoável e proporcional ao caso em tela.

Da sucumbência – custas e honorários advocatícios

Diante do provimento do recurso interposto pela autora, impõe-se a readequação dos ônus sucumbenciais fixados na sentença, consoante estabelece o art. 85 do Código de Processo Civil.

No caso, verifico que a autora logrou êxito em seus pedidos, não havendo falar em sucumbência com relação ao *quantum* pleiteado na exordial, consoante Súmula 326 do STJ: *"Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca."*

Destarte, o banco requerido deverá suportar a integralidade do pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% sobre o valor da condenação.

Sobre esse percentual será acrescido os honorários recursais, abaixo examinado.

Honorários de sucumbência recursal

De acordo com o Enunciado Administrativo nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, nos recursos interpostos contra decisão publicada após a vigência do novo Código de Processo Civil, é possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, §11, daquele diploma legal, *verbis*:

> *Enunciado nº 7. Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, §11, do novo CPC.*

Segundo dispõe o aludido § 11 do art. 85:

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

A respeito, ensina Nelson Nery Jr. que o CPC/1973 já previa a possibilidade de alteração dos honorários em segunda instância, mas no atual diploma processual, pode haver a imposição de nova verba honorária, que não se confunde com aquela da primeira instância, a qual é devida em razão do trabalho adicional do advogado na instância recursal, *verbis*:

> *§ 11:41. Fixação de nova verba honorária na fase recursal. A alteração dos honorários em segunda instância já era admitida pelo sistema do CPC/1973. Se o tribunal confirmasse a sentença de primeira instância, mantinha-se também a condenação no custo do processo, podendo ser alterado o valor, a pedido; se era dado provimento à apelação, os encargos da sucumbência eram invertidos; se a sentença era anulada para que o juiz proferisse outra, não haveria condenação em custas nesse momento; e era admitida a correção quando houvesse erro referente à atribuição dos encargos, sua dispensa etc. [...] Mas no sistema do CPC pode haver a imposição de*

> *nova verba honorária, que não se confunde com aquela da primeira instância que é devida em razão do trabalho adicional do advogado na instância superior. (v. CPC 85 § 1º).* (Comentários ao Código de Processo Civil, Novo CPC. Ed. RT, 2015, p. 436/437)

Ao que se extrai do texto, essa nova regra processual é aplicável ainda quando a parte não postule a majoração da verba honorária e deve somar aos honorários fixados em primeiro grau. No entanto, o valor total dos honorários, já incluída a parcela acrescida com o julgamento do recurso, não pode superar o equivalente a 20% (vinte por cento) do valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, do valor atualizado da causa, consoante estabelece o §2º do artigo 85 do novo CPC.

Sobre o tema, importante transcrever Enunciado nº 241 do Fórum Permanente de Processualistas Civil, o qual elucida que os honorários de sucumbência recursal serão somados aos fixados em primeiro grau, não podendo suplantar o limite máximo de 20% (vinte por cento) estabelecido no §2º do art. 85 do novo CPC, *verbis*:

> *Enunciado nº 241. (art. 85, caput e §11) Os honorários de sucumbência recursal serão somados aos honorários pela sucumbência em primeiro grau, observados os limites legais.*

Desse modo, a majoração dos honorários em grau recursal deverá ser feita atendendo-se os incisos I a IV do §2º do artigo 85:

> *§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:*
>
> *I - o grau de zelo do profissional; Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul;*
>
> *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.*

Destarte, considerando os critérios descritos nos incisos I a IV do artigo supracitado, mormente ponderando a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado, o tempo exigido para o serviço e a duração do processo, tenho que se mostra-se justa a fixação dos honorários no percentual de 5% (cinco por cento), elevando-se para o total de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Pelo exposto, conheço do recurso, e dou-lhe provimento para determinar que o apelado veicule matéria com o fim de desassociar a imagem da autora e de sua cantina à reportagem de f. 21/22, bem como condenar o requerido ao pagamento do valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de indenização pelos danos morais, corrigido monetariamente pelo IGPM, a partir do seu arbitramento (Súmula 362, STJ), acrescido de juros de mora a partir do evento danoso (Súmula 54).

Condeno ainda o requerido ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, os quais fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, consoante art. 85, §2º, do CPC.

Nos termos do art. 85, §§ 1º e 11, do CPC, majoro a verba honorária fixada em favor do patrono da parte autora para 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Nélio Stábile e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 07 de março de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0803574-12.2015.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Eduardo Machado Rocha

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – MANDADO DE PRISÃO EM ABERTO, MESMO APÓS O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO PELO DEVEDOR – DETENÇÃO INDEVIDA – FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – DANOS MORAIS CONFIGURADOS – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – REDUÇÃO – FIXAÇÃO DENTRO DOS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – SUCUMBÊNCIA RECURSAL –ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Em se tratando de ato omissivo da Administração Pública, vige a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, o dever de indenizar decorrente do dolo ou culpa encontra-se assentado no concurso de três requisitos: o evento danoso, a conduta ilícita do agente e o nexo de causal.

Verificada a falha na prestação do serviço público, consistente na manutenção em aberto do mandado de prisão mesmo após o cumprimento na integralidade da obrigação pelo devedor, e também, pelo fato de ter ficado detido por cerca de 10 (dez) horas na Delegacia de Policia em razão desse equívoco, mantém-se a sentença de primeiro grau que condenou o requerido ao pagamento de indenização por danos morais.

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, atendendo sempre ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

A sucumbência parcial recursal do requerido implica na automática fixação de honorários em favor da parte autora, mas em percentual razoável e proporcional, a fim de evitar que a verba honorária seja mais vantajosa do que o próprio direito material pretendido na demanda originária.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 31 de janeiro de 2017.

Des. Eduardo Machado Rocha - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Estado de Mato Grosso do Sul inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba, nos autos da ação de indenização por danos morais que lhe move Luis Carlos Ferreira dos Santos Pereira, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou procedente o pedido inicial, para condenar o requerido ao pagamento de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a título de danos morais em favor do requerente.

Alega que não houve abuso de autoridade ou emprego de força por parte dos policiais que efetuaram a prisão do apelado, pois agiram no estrito cumprimento do dever legal, zelando pela manutenção da ordem social e dentro da legalidade.

Relata que houve a inércia na retirada do mandado de prisão do sistema INFOSEG, porém, tal fato, por si só, não se mostra suficiente a amparar o pleito indenizatório, uma vez que o apelado não foi submetido a tratamento humilhante ou vexatório.

Afirma que após a comprovação de que o mandado deveria ter sido recolhido, a polícia local liberou o autor imediatamente, demonstrando assim, que o procedimento foi adotado meramente para averiguação da validade do mandado de prisão, não havendo falar, portanto, em indenização por danos morais.

Expõe que o valor da condenação arbitrado pelo magistrado a título de indenização não se mostra razoável e nem proporcional, razão pela qual requer a sua redução para o patamar de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), a fim de evitar o enriquecimento ilícito da parte.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso. (fls. 142/148).

VOTO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

Estado de Mato Grosso do Sul inconformado com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Paranaíba, nos autos da ação de indenização por danos morais que lhe move Luis Carlos Ferreira dos Santos Pereira, interpõe apelação cível, objetivando a reforma da sentença que julgou procedente o pedido inicial, para condenar o requerido ao pagamento de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a título de danos morais em favor do requerente.

Segundo a inicial, no ano de 2009 o requerente figurou no polo passivo do Processo de Execução de Alimentos nº 0000135-79.2009.8.12.0036, ajuizado na comarca de Inocência, tendo em vista que estava em débitos com algumas parcelas de pensão alimentícia.

Relatou que naquela ocasião não possuía condições financeiras de quitar a integralidade da aludida dívida, razão pela qual houve a expedição de mandado de prisão em seu nome.

Afirmou que o mandado de prisão foi cumprido, sendo portanto, recolhido à prisão.

Aduziu que com ajuda de familiares e juntando todas as suas economias, conseguiu adimplir com a referida obrigação alimentar sendo que após a apresentação do recibo houve a expedição do alvará de soltura, bem como a extinção do processo executório.

Reverberou que desde então vem cumprindo com sua obrigação alimentar corretamente, tanto é que não ocorreu qualquer tipo de cobrança posterior.

Explicou que no dia 12 de maio de 2015 foi para a cidade de Paranaíba-MS, em razão do óbito de seu genitor, tendo permanecido durante todo o dia no velório. Contudo, quando estava se dirigindo à casa de um familiar, a Policia Militar local o abordou para ocorrência das averiguações de praxe.

Explicou que após a checagem do sistema interno da polícia, verificou-se que havia um mandado de prisão em aberto em seu nome referente à obrigação alimentar não adimplida, razão pela qual foi encaminhado à Delegacia de Policial Civil local, onde permaneceu detido por horas até que o fato fosse devidamente esclarecido.

Explanou que o referido mandado de prisão se referida àquele processo de execução de alimentos nº 0000135-79.2009.8.12.0036 que já se encontrava adimplido desde o ano de 2010.

Explanou ainda que naquela ocasião os alimentos haviam sido devidamente quitados, contudo não fora confeccionado o pedido de recolhimento do respectivo mandado de prisão logo após a extinção do processo, sendo que tal procedimento deveria ter sido prontamente realizado pelo juízo que tramitou a ação.

Afirmou que a abordagem policial lhe causou constrangimentos e humilhações, haja vista que após o sepultamento de seu pai teve que se esforçar para provar que já havia cumprido com sua obrigação há anos. Por essa razão, ingressou com a presente demanda, objetivando a condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos morais que alega ter sofrido.

O Estado de Mato Grosso do Sul requerido contestou a lide, oportunidade em que manifestou pela improcedência do pleito indenizatório. (fls. 37/53)

Houve realização de audiência de conciliação, instrução e julgamento, onde foram ouvidos depoimentos das testemunhas arroladas. (fls. 93)

Após a instrução do feito, sobreveio a sentença de procedência do pedido inicial, contendo o dispositivo o seguinte teor: (fls. 115/122).

> *Ante o exposto, julgar procedente o pedido formulado pelo autor, para o fim de condenar a parte ré ao pagamento de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a título de danos morais.*

Irresignado, o Estado de Mato Grosso do Sul recorre a esta Corte. Para tanto, alega que não houve abuso de autoridade ou emprego de força por parte dos policiais que efetuaram a prisão do apelado, pois agiram no estrito cumprimento do dever legal, zelando pela manutenção da ordem social e dentro da legalidade.

Relata que houve a inércia na retirada do mandado de prisão do sistema INFOSEG, porém, tal fato, por si só, não se mostra suficiente a amparar o pleito indenizatório, uma vez que o apelado não foi submetido a tratamento humilhante ou vexatório.

Afirma que após a comprovação de que o mandado deveria ter sido recolhido, a polícia local liberou o autor imediatamente, demonstrando assim, que o procedimento foi adotado meramente para averiguação da validade do mandado de prisão, não havendo falar, portanto, em indenização por danos morais.

Expõe que o valor da condenação arbitrado pelo magistrado a título de indenização não se mostra razoável e nem proporcional, razão pela qual requer a sua redução para o patamar de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), a fim de evitar o enriquecimento ilícito da parte.

Em contrarrazões, o apelado manifesta-se pelo desprovimento do recurso. (fls. 142/148)

De início, cumpre esclarecer que será aplicado no julgamento deste recurso às normas do Novo Código de Processo Civil, na medida que a sentença recorrida restou prolatada quando já vigente o atual Código (art. 14 c/c art. 1.1.046, NCPC[1]).

Conveniente anotar, ademais, o Enunciado Administrativo n. 3 do Superior Tribunal de Justiça:

> *Enunciado administrativo número 3. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.*

Sendo assim, adota-se ao presente recurso às regras do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015).

Feitos tais esclarecimentos, passo à análise do recurso interposto.

A questão cinge-se em apurar a responsabilidade do Estado, bem como verificar a existência dos danos morais alegados pelo apelado.

Com efeito, estabelece o art. 37, §6º, da Constituição Federal:

> *As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

Sobre o dispositivo em comento, pertinente é o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

> *O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão.* (Direito Administrativo Brasileiro, 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 622).

Contudo, em se tratando de ato omissivo da Administração Pública, vige a responsabilidade civil subjetiva, ou seja, o dever de indenizar decorrente do dolo ou culpa encontra-se assentado no concurso de três requisitos: o evento danoso, a conduta ilícita do agente e o nexo causal.

Segundo lição do mestre Celso Antonio Bandeira de Mello:

> *(...) Ocorre a culpa do serviço ou "falta de serviço" quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a tríplice modalidade pela qual se apresenta e nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito Civil e a responsabilidade objetiva.*
>
> *(...) Em suma: a ausência do serviço devido ou seu defeituoso funcionamento, inclusive por demora, basta para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em agravo dos administrados.*
>
> *(...) É mister acentuar que a responsabilidade por "falta de serviço", falha do serviço ou culpa do serviço (faute du service, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre*

1 Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.
Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva. (Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, 21ª edição, pág. 956/958)

Veja-se a lição de Rui Stocco *in* Tratado de Responsabilidade Civil - T. Ed., RT, p. 997:

Para nós, cabe logo adiantar, a obrigação de indenizar do Estado tanto pode decorrer da responsabilidade objetiva (art. 37, §6°, da CF/88), como da responsabilidade subjetiva, por força da teoria do ato ilícito, a significar que a omissão do Estado, seja específica de seu preposto, ou decorrente de falta ou falha anônima do serviço, empenha a identificação de culpa, formada pela teoria subjetiva.

Nesse sentido é a jurisprudência:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA – MÉRITO – ACIDENTE CAUSADO POR BURACO NA PISTA – INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO NEXO CAUSALIDADE – DANOS CAUSADOS EM DECORRÊNCIA DO ACIDENTE – ÔNUS DA VÍTIMA – RECURSO IMPROVIDO.

(...)

Em se tratando de ato omissivo do poder público, aplica-se a teoria da responsabilidade civil subjetiva, onde o lesado deve comprovar a negligência da administração, o dano e o nexo de causalidade.

Compete ao autor o onus probandi atinente ao fato constitutivo de seu direito, de acordo com a regra esculpida no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil. (Apelação - Nº 0204530-04.2010.8.12.0002, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, 4ª Câmara Cível, j., 24 de setembro de 2013)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO POR ATO OMISSIVO – DANOS CAUSADOS À TRANSEUNTE EM DECORRÊNCIA DE QUEDA MOTIVADA POR DESNÍVEL EXISTENTE NA CALÇADA CAUSADO POR RAÍZES SALIENTES DE ÁRVORE – RESPONSABILIDADE QUE DEVE SER TRATADA COM BASE NA TEORIA SUBJETIVA – DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA PACÍFICAS – DANO MORAL – VALOR ARBITRADO – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO – SENTENÇA RATIFICADA.

Nas condutas omissivas do Poder Público, a doutrina e jurisprudência dominante têm reconhecido a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, estando o dever de indenizar condicionado à comprovação do elemento subjetivo, a culpa e o dolo, admitindo a aplicação da culpa anônima ou culpa do serviço, que se contenta com a comprovação de que o serviço não foi prestado ou foi prestado de forma ineficiente ou atrasada. (Apelação - Nº 0000963-79.2011.8.12.0012, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, 3ª Câmara Cível, j., 12 de março de 2013)

E ainda, menciona o art. 5º, inc. LXXV da Constituição Federal de 1988:

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 a propriedade, nos termos seguintes:

> *LXXV – O estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença;*

Conforme se denota da leitura dos arts. 5º, LXXV e 37, §6º, ambos da Constituição Federal, as pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiro, incluído aqui, sem sombra de dúvidas, os casos em que o indivíduo ficar detido indevidamente.

Compulsando os autos, denota-se que no dia 12 de maio de 2015, o apelado estava na cidade de Paranaíba em razão do óbito de seu genitor, contudo, após o sepultamento do mesmo o autor se dirigiu à casa de um familiar, ocasião em que foi abordado pela Polícia Militar local.

O policial que fez o procedimento checou a documentação do requerente e constatou a existência de um mandado de prisão em aberto em seu nome e, por essa razão, encaminho-o para a Delegacia de Policia Civil local onde permaneceu detido.

O referido mandado de prisão se referia aos débitos alimentícios que o autor possuía com sua filha menor nos autos da Ação de Execução de Alimentos nº 0000135-79.2009.8.12.0036.

Ocorre que o referido mandado de prisão já deveria ter sido recolhido pelo juízo no momento em que extinguiu o feito executivo, contudo, assim não o fez.

Tais fatos são incontroversos nos autos, tanto é verdade que o Estado de Mato Grosso do Sul, quando da apresentação da contestação não impugnou tal fato.

Ora, é evidente que incorreu em erro o Estado de Mato Grosso do Sul, através de seus agentes, haja vista que o autor já havia cumprido a integralidade do débito que originou o mandado de prisão em questão, porém, mesmo diante do manifesto erro, no ano de 2015 ficou detido por cerca de 10 (dez) horas na Delegacia de Policia da comarca de Paranaíba, evidenciando-se a manifesta ilegalidade e abusividade do ato estatal.

Ademais, ao contrário do que sustenta, o Estado requerido não está acobertado pela excludente do estrito cumprimento do dever legal, pois o ilícito não está na abordagem policial, mas no equívoco de permanecer o mandado de prisão em aberto, mesmo após o cumprimento da obrigação pelo devedor.

Desse modo, constatada a omissão por parte da Administração Pública, impõe-se o dever de reparação.

Nesse sentido já decidiu esta Corte:

> *EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS — MANUTENÇÃO INDEVIDA DE PRISÃO – OMISSÃO NO CUMPRIMENTO DO ALVARÁ DE SOLTURA - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO.*
>
> *01. Tratando-se de ato omissivo, a responsabilidade decorre da prática de ato ilícito, apurável mediante verificação da culpa – em qualquer de suas modalidades – ou do dolo.*
>
> *02. A quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) mostra-se razoável e proporcional para indenizar a parte autora, atendendo aos fins preventivo e compensatório a que se destina.*
>
> *03. Recurso conhecido e não provido.* (Apelação - Nº 0007722-71.2011.8.12.0008, Juiz Vilson Bertelli, 2ª Câmara Cível, j., 5 de agosto de 2014)

E mais:

> *ADMINISTRATIVO E CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - CERCEAMENTO DO DIREITO DE PRODUZIR PROVA - PRECLUSÃO - ERRO JUDICIÁRIO - PRISÃO CIVIL INDEVIDA - MANDADO DE PRISÃO EM ABERTO - ORDEM DE BAIXA EMANADA DIAS ANTES DO CUMPRIMENTO - DANOS MORAIS - OCORRÊNCIA. - Não se anula a sentença quando o autor deixa de impugnar a decisão interlocutória que considerou desnecessária a produção de outras provas que não a documental. -* ***Extinto o processo de execução de alimentos e ordenada a baixa do mandado de prisão civil, a prisão do devedor em momento seguinte traduz constrangimento ilegal derivado da falha na prestação do serviço público e justifica a condenação do Estado pelo dano moral experimentado pelo autor.*** (TJ-MG - AC: 10701120107613001 MG, Relator: Alberto Vilas Boas, Data de Julgamento: 01/04/2014, Câmaras Cíveis / 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 09/04/2014) destaquei
>
> *REEXAME NECESSÁRIO DE OFÍCIO - APELAÇÃO CÍVEL - INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - ATO COMISSIVO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - PERSECUÇÃO PENAL E PRISÃO INDEVIDA - ERRO JUDICIÁRIO CONFIGURADO - DEVER DE REPARAÇÃO - VALOR INDENIZATÓRIO - GRAVIDADE DO CASO - RAZOABILIDADE. 1. Os agentes vinculados às pessoas jurídicas de direito público interno e seus delegatários respondem objetivamente por danos causados a terceiros por atos praticados no exercício de sua atividade funcional, independentemente de prova de culpa. 2. A responsabilização civil por danos morais deve ser reconhecida se evidenciado o erro judiciário que resultou em prisão indevida. 3. O valor fixado a título de indenização por danos morais deve levar em consideração as particularidades do caso, como a extensão dos danos, o caráter educativo e punitivo da medida, a situação social do autor frente às possibilidades do obrigado, e, sobretudo, no caso concreto, a duração do encarceramento.* (TJ-MG - AC: 10390140013686001 MG, Relator: Carlos Roberto de Faria, Data de Julgamento: 12/05/2016, Câmaras Cíveis / 8ª Câmara Cível, Data de Publicação: 03/06/2016)

Logo, não há falar em reforma da sentença nesta parte.

No que tange ao *quantum* a ser fixado a título de danos morais é cediço que o dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, de forma a compensar o dano, levando em conta as condições financeiras das partes, devendo estar compatível com o dano suportado pelo ofendido.

Entretanto, tem-se que o objetivo do dano moral é compensar o prejuízo experimentado pela vítima e punir o seu ofensor, além do que, o arbitramento, deve ficar ao arbítrio do magistrado que o fixará levando em conta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ensina Rui Stoco:

> *Tratando-se de dano moral, nas hipóteses em que a lei não estabelece os critérios de reparação, impõe-se obediência ao que podemos chamar de "binômio do equilíbrio", cabendo reiterar e insistir que a compensação pela ofensa irrogada não deve ser fonte de enriquecimento sem causa para que recebe, nem causa da ruína para quem dá. Mas também não pode ser tão apequenada que não sirva de punição e desestímulo ao ofensor, ou tão insignificante que não compense e satisfaça o ofendido, nem o console e contribua pela superação do agravo recebido.* (STOCO, Rui. Tratado de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1236-123)

Nesse sentido:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA REJEITADA – AÇÕES COM CAUSA DE PEDIR DIVERSA – MÉRITO RECURSAL – INSCRIÇÃO INDEVIDA DE NOME NOS ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO – DÍVIDA NÃO CONTRAÍDA – CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – ART. 14 DO CDC – DEFEITO RELATIVO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – DANO IN RE IPSA – DESNECESSIDADE DE SUA COMPROVAÇÃO – QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE ATENDE AOS CRITÉRIOS DE PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *(...) Mantém-se o valor fixado a título de indenização por danos morais se o magistrado respeitou os princípios da razoabilidade e da moderação, bem como considerou a real proporção do dano, a capacidade socioeconômica e financeira das partes, o grau de culpa do ofensor e a finalidade educativa da indenização.* (TJ/MS, Apelação – Nº 0009201-65.2008.8.12.0021, Des. Josué de Oliveira, 4ª Câmara Cível, j., 16 de Abril de 2013).

A quantia fixada à título de dano moral tem por objetivo proporcionar ao autor um lenitivo, confortando-o pelo constrangimento moral a que foi submetido e de outro lado serve como fator de punição para que o requerido reanalise sua forma de atuação, evitando a reiteração de atos análogos.

Não obstante essas considerações, não se pode olvidar também que o *quantum* a ser fixado não deve ser tão alto a ponto de proporcionar o enriquecimento ilícito do ofendido nem tão baixo a ponto de não ser sentido no patrimônio da parte ré, tampouco servir como fator de punição.

Neste caso, levando-se em consideração a situação fática apresentada nos autos, a condição socioeconômica das partes e o constrangimento moral suportado pelo ofendido, tenho que o *quantum* indenizatório deve ser reduzido em R$ 10.000,00 (dez mil reais), por se mostrar condizente com a extensão do dano e apto a servir de punição para a parte ré, evitando a reiteração de atos análogos.

Logo, merece reforma a sentença.

Dos honorários de sucumbência recursal

De acordo com o disposto no Enunciado Administrativo nº 7 do STJ, nos recursos interpostos contra decisão publicada após a vigência do novo Código de Processo Civil, é possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do artigo 85, §11, daquele diploma legal, *verbis*:

> *Enunciado nº 7. Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, §11, do novo CPC.:*

Segundo dispõe o aludido §º 11 do artigo 85:

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

Comentando o §º 11 do art. 85 do novo Código de Processo Civil, ensina Nelson Nery Jr. que o CPC/1973 já previa a possibilidade de alteração dos honorários em segunda instância, mas no atual diploma

processual, pode haver a imposição de nova verba honorária, que não se confunde com aquela da primeira instância, a qual é devida em razão do trabalho adicional do advogado na instância recursal, *verbis*:

> *§11:41. Fixação de nova verba honorária na fase recursal. A alteração dos honorários em segunda instância já era admitida pelo sistema do CPC/1973. Se o tribunal confirmasse a sentença de primeira instância, mantinha-se também a condenação no custo do processo, podendo ser alterado o valor, a pedido; se era dado provimento à apelação, os encargos da sucumbência eram invertidos; se a sentença era anulada para que o juiz proferisse outra, não haveria condenação em custas nesse momento; e era admitida a correção quando houvesse erro referente à atribuição dos encargos, sua dispensa etc. (...) Mas no sistema do CPC pode haver a imposição de nova verba honorária, que não se confunde com aquela da primeira instância que é devida em razão do trabalho adicional do advogado na instância superior. (v. CPC 85§1º).* (Comentários ao Código de Processo Civil, Novo CPC. Ed. RT, 2015, p. 436/437)

Ao que se extrai do texto, essa nova regra processual é aplicável ainda quando a parte não postule a majoração da verba honorária e deve somar aos honorários fixados em primeiro grau. No entanto, o valor total dos honorários, já incluída a parcela acrescida com o julgamento do recurso, não pode superar o equivalente a 20% (vinte por cento) do valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, do valor atualizado da causa, consoante estabelece o inciso III do §4º do art. 85 do novo CPC.

Sobre o tema, importante transcrever Enunciado nº 241 do Fórum Permanente de Processualistas Civil, o qual elucida que os honorários de sucumbência recursal serão somados aos fixados em primeiro grau, não podendo suplantar o limite máximo de 20% (vinte por cento) estabelecido no §2º do art. 85 do novo CPC, *verbis*:

> *Enunciado nº 241. (art. 85, caput e §11) Os honorários de sucumbência recursal serão somados aos honorários pela sucumbência em primeiro grau, observados os limites legais.*

No vertente caso, considerando que nesta seara recursal o Estado requerido obteve parcial provimento em seu recurso consistente na redução do *quantum* indenizatório, impõe-se o arbitramento da verba honorária recursal em seu favor, consoante estabelece o §1º do art. 85 do CPC.

Todavia, a fixação dessa verba deve ser feita em um percentual razoável e proporcional para que os honorários não configurem benefício mais vantajoso do que o próprio direito material perseguido na demanda.

Logo, considerando os critérios descritos nos incisos I a IV do §2º do art. 85 do CPC, mormente ponderando a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado, o tempo exigido para o serviço e a duração do processo, tenho que se mostra justa a fixação dos honorários no percentual de 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.

Destaco ainda a possibilidade de fixação dos honorários sucumbenciais recursais abaixo do mínimo estabelecido no §2º do artigo 85 do CPC, conforme julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no EDcl-AgRgAREsp 802.933, cujos excertos seguem transcritos:

> *(...) Por fim, tratando-se de recurso interposto já sob a égide do novo Código de Processo Civil, impõe-se a majoração dos honorários advocatícios fixados na origem, a teor do § 11 do art. 85. Para tanto, anoto que o Tribunal a quo, ao julgar procedente a demanda, impôs a integralidade dos ônus de sucumbência à parte ora embargante, arbitrando a verba honorária em 10% sobre o valor da condenação (R$ 137.768,44), em conformidade com o art. 20, § 3º, da lei processual anterior.*

> *Assim, elevo o valor dos honorários de sucumbência para 12% sobre o valor da condenação, salientando que fica preservada a observância aos limites fixados nos §§ 2º e 3º do art. 85 do novo CPC.*
>
> *Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração.*

O aludido julgamento restou assim ementado:

> *PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO OU ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA JÁ DECIDIDA. NÃO CABIMENTO. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. Rejeitam-se os embargos declaratórios quando, no acórdão embargado, não há nenhum dos vícios previstos no art. 1.022 do cpc/2015. 2. Os embargos de declaração não se prestam para provocar o reexame de matéria já apreciada.* ***3. Tratando-se de recurso interposto já sob a égide do novo código de processo civil, impõe-se a majoração dos honorários advocatícios fixados na origem, a teor do § 11 do art. 85****. 4. Embargos de declaração rejeitados.* (STJ; EDcl-AgRg-AREsp 802.933; Proc. 2015/0273279-0; SP; Terceira Turma; Rel. Min. João Otávio de Noronha; DJE 23/05/2016) (grifei)

De outro lado, a parte apelada também faz jus à verba honorária recursal ante o parcial provimento do recurso do apelante. Assim, tenho que se mostra razoável a fixação também no patamar de 3% (três por cento) sobre o valor da condenação, os quais devem ser somados à verba honorária fixada na origem, nos termos do §11 do art. 85 do diploma processual.

Ante o exposto, conheço do recuso e dou-lhe parcial provimento, tão somente para reduzir o *quantum* indenizatório para o importe de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Por conseguinte, condeno o autor ao pagamento dos honorários recursais em favor do patrono do requerido no patamar de 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, devendo ser observada a concessão da justiça gratuita.

Diante da parcial sucumbência do apelante, condeno-o ao pagamento de honorários recursais em favor do patrono do autor no patamar de 3% (três por cento) sobre o valor da condenação, elevando, por consequência, os honorários sucumbenciais para 12% (treze por cento).

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. Nélio Stábile e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0918875-05.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL – SENTENÇA COM *ERROR IN PROCEDENDO* TORNADA SEM EFEITO – RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU PARA CORREÇÃO DO POLO PASSIVO DA AÇÃO – RECURSO PROVIDO.

Como o julgador incluiu como polo passivo da execução fiscal a Companhia Habitacional de Mato Grosso do Sul – COHAB e não a Cooperativa Habitacional de Campo Grande Ltda, ocorreu *error in procedendo* na sentença por constar terceiro da relação jurídica processual, o que modifica a questão da legitimidade em razão do responsável tributário ser pessoa diversa, não se tratando o caso de erro material ou formal na Certidão de Dívida Ativa, mas sim equívoco na própria sentença.

Retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para prosseguimento da execução fiscal nos exatos termos propostos.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 24 de janeiro de 2017.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto pelo Município de Campo Grande contra sentença proferida pelo MM. Juiz da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Municipal nos autos da Execução Fiscal movida contra Cooperativa Habitacional de Campo Grande Ltda.

Alega, em síntese, que:

Ajuizou a presente execução fiscal objetivando o recebimento do crédito tributário no valor de R$ 966,16 por motivo do lançamento dos exercícios de 2004 e 2005.

O MM. Juiz de Direito extinguiu o feito, sem resolução de mérito, por ausência de interesse de agir, devido à imunidade, indicando como executada Companhia Habitacional de Mato Grosso do Sul – COHAB.

Os autos foram ajuizados em face da Cooperativa Habitacional de Campo Grande Ltda, tratando-se de sociedade de pessoas com forma e natureza jurídica própria e cível firmada por contrato social, sobre a qual não é incidente a imunidade tributária consignada.

Deve haver cobrança de tributos dos imóveis ou operações desta cooperativa a ser regulada pelo CTN, restando configurado o equívoco da sentença recorrida, visto que o julgador atingiu terceiro estranho à relação jurídica processual instaurada, deixando de decidir em relação a quem dela participou, tratando-se o caso de *error in procedendo*, hipótese em que é necessária a anulação da sentença.

A integração das partes na relação processual é de suma importância para a formação da coisa julgada, bem como para produção dos efeitos subjetivos.

Pede a anulação da sentença e o provimento do recurso para que a execução fiscal ajuizada transcorra devidamente.

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto pelo Município de Campo Grande contra sentença proferida pelo MM. Juiz da Vara de Execução Fiscal da Fazenda Pública Municipal nos autos da Execução Fiscal movida contra Cooperativa Habitacional de Campo Grande Ltda.

Alega, em síntese, que:

Ajuizou a presente execução fiscal objetivando o recebimento do crédito tributário no valor de R$ 966,16 por motivo do lançamento dos exercícios de 2004 e 2005.

O MM. Juiz de Direito extinguiu o feito, sem resolução de mérito, por ausência de interesse de agir, devido à imunidade, indicando como executada Companhia Habitacional de Mato Grosso do Sul – COHAB.

Os autos foram ajuizados em face da Cooperativa Habitacional de Campo Grande Ltda, tratando-se de sociedade de pessoas com forma e natureza jurídica própria e cível firmada por contrato social, sobre a qual não é incidente a imunidade tributária consignada.

Deve haver cobrança de tributos dos imóveis ou operações desta cooperativa a ser regulada pelo CTN, restando configurado o equívoco da sentença recorrida, visto que o julgador atingiu terceiro estranho à relação jurídica processual instaurada, deixando de decidir em relação a quem dela participou, tratando-se o caso de *error in procedendo*, hipótese em que é necessária a anulação da sentença.

A integração das partes na relação processual é de suma importância para a formação da coisa julgada, bem como para produção dos efeitos subjetivos.

Pede a anulação da sentença e o provimento do recurso para que a execução fiscal ajuizada transcorra devidamente.

Prequestiona as disposições do artigo 141 do CTN, art. 146, inciso III, alínea ‘c’ da Constituição Federal e art. 128 e 460 do CPC.

Considerando que a sentença foi prolatada em 22/02/2016 o julgamento da presente ação deve seguir a norma processual civil revogada nos termos do art. 14 em atenção as situações jurídicas consolidadas.

Passo a análise do recurso.

O julgador de primeira instância decretou a extinção do feito sem resolução do mérito “*com base no art. 267, VI, do Código de Processo Civil por ausência de interesse de agir (carência de título executivo), em* razão da *“inexistência da obrigação tributária materializada no título executivo (CDA) que embasa a ação”*.

Na sentença constou como parte executada:

> *O exequente ajuizou a presente ação de execução fiscal em face da Companhia Habitacional de Mato Grosso do Sul – COHAB pretendendo o recebimento de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) sobre imóveis de propriedade deste último (...)* (f. 8/14).

Nos termos da inicial (f. 1) a presente execução fiscal cobra tributos dos exercícios de 2004 e 2005 em face da Cooperativa Habitacional de Campo Grande Ltda - COOPHAGRANDE, inscrição municipal nº 8550070333 conforme consta na Certidão de Dívida Ativa -CDA nº 041983/08-47 (f. 2), inexistindo demonstração de que seja sucessora nas finalidades da COHAB – Companhia Habitacional de Mato Grosso do Sul e posteriormente passando para a autarquia denominada de CDHU – Companhia Desenvolvimento Habitacional Urbano de Mato Grosso do Sul com natureza de empresa pública estadual prestadora de serviço público.

Conforme se observa do documento de f. 28/49 a executada foi instituída em 21/10/1976 na forma de sociedade civil, de caráter mutualista, sem fins lucrativos, organizada nos termos da Lei nº 5.764, de 16/12/71, cujo objetivo é propiciar a construção e aquisição de casa própria para seus associados, subordinada às normas e instruções baixadas pelo Banco Nacional de Habitação.

Dessa forma, como o julgador incluiu como polo passivo da execução fiscal a Companhia Habitacional de Mato Grosso do Sul – COHAB e não a Cooperativa Habitacional de Campo Grande Ltda, ocorreu *error in procedendo* na sentença por constar terceiro na relação jurídica processual, o que modifica a questão da legitimidade em razão do responsável tributário ser pessoa diversa, não se tratando o caso de erro material ou formal na Certidão de Dívida Ativa, mas sim equívoco na própria sentença.

No caso, considerando que a executada nem foi citada, deve o feito retornar ao juízo de primeiro grau para prosseguimento da execução fiscal nos exatos termos propostos.

Em face do exposto, conheço do presente recurso de apelação interposto pelo Município de Campo Grande, e dou-lhe provimento para tornar insubsistente a sentença com o retorno dos autos ao juízo de primeira instância para continuidade do processo executivo contra a parte executada que consta na CDA nº 041983/08-47.

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, 24 de janeiro de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0800801-58.2015.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES – CASSEMS – INCLUSÃO DO CÔNJUGE TAMBÉM FUNCIONÁRIO PÚBLICO COMO BENEFICIÁRIO DE SUA COMPANHEIRA, ASSOCIADA TITULAR – APLICAÇÃO DAS REGRAS CONSUMERISTAS – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A relação estabelecida entre o fornecedor de plano de saúde e seu usuário é típica de consumo, portanto regida pelas normas do Código de Defesa do Consumidor e legislações correlatas.

A negativa de inclusão de cônjuge, também servidor público, como beneficiário de sua esposa, associada titular, fere as regras da legislação consumerista e em especial o princípio constitucional da igualdade, eis que concede a alguns sócios mais vantagens do que a outros.

Quanto ao prequestionamento, esta Corte tem entendido ser desnecessária a manifestação expressa dos dispositivos legais utilizados para a conclusão do julgamento, bastando que as matérias postas em discussão tenham sido apreciadas adequadamente.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 7 de fevereiro de 2017.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - CASSEMS contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara da Comarca de Naviraí, nos autos da Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual e inclusão de beneficiário c/c restituição de valores movida por Helena da Silva Pereira e Josias Fernandes de Souza, que julgou procedentes os pedidos iniciais e, confirmando a tutela antecipada, declarou ilegítima a restrição de manutenção de Josias Fernandes de Souza como beneficiário dependente natural do plano de saúde da primeira requerente, e condenou a CASSEMS a restituir os valores pagos indevidamente a título de mensalidade do plano de saúde contratado pelo segundo requerente, bem como ao pagamento de custas e despesas processuais mais honorários advocatícios, fixados em 15% do valor da condenação.

Em síntese (f. 166-180), alega que:

A primeira apelada confessa em sua inicial ser servidora estadual e que seu esposo é servidor do município de Naviraí, que mantém convênio com a CASSEMS. Assim, tem-se que ambos devem figurar como Associados Titulares, como de fato são, não podendo se beneficiarem como cônjuge-dependente um do outro, como bem posto no Manual do Beneficiário, sendo que a contribuição foi instituída para todos os servidores estaduais ativos, aposentados e pensionistas;

É dever de todo associado respeitar e acatar as normas de sua associação, o estatuto, os regimentos internos e normas regulamentares;

Não há que se falar em afronta à lei civil, pois não houve qualquer abusividade ou prática do gênero no caso, ocorrendo apenas o cumprimento da vontade dos próprios associados, convalidada e aprovada em Assembleia Geral, sendo esta soberana;

Não se possibilita o descuido com o equilíbrio econômico-financeiro, sob pena de falência, onde o prejuízo será experimentado por todos os inúmeros associados e;

Prequestiona as matérias ventiladas no recurso.

Contrarrazões pelo improvimento do recurso (f. 188-196).

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de procedimento recursal de apelação cível interposto por Caixa de Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul - CASSEMS contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 1ª Vara da Comarca de Naviraí, nos autos da Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual e inclusão de beneficiário c/c restituição de valores movida por Helena da Silva Pereira e Josias Fernandes de Souza, que julgou procedentes os pedidos iniciais e, confirmando a tutela antecipada, declarou ilegítima a restrição de manutenção de Josias Fernandes de Souza como beneficiário dependente natural do plano de saúde da primeira requerente, condenando a entidade a restituir os valores pagos indevidamente a título de mensalidade do plano de saúde contratado pelo segundo requerente, bem como ao pagamento de custas e despesas processuais mais honorários advocatícios, fixados em 15% do valor da condenação.

In casu, a apelante recusa a fazer a inclusão do segundo requerente como dependente de sua cônjuge, sob o argumento de que ambos devem figurar como associados titulares, já que a primeira requerente é servidora estadual e ele também é servidor do município de Naviraí, que mantém convênio com a CASSEMS.

Inicialmente, é necessário esclarecer que, diante da entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) no dia 18.03.2016, e tendo em vista a publicação da sentença na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (30.09.2015 – f. 163), são as regras desse *códex* que devem ser consideradas neste julgamento.

No que pertine à sua vigência, o CPC/2015 prevê:

> *Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.*
>
> *Art. 1.045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial.*

> *Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei n o 5.869, de 11 de janeiro de 1973.*
>
> *§1º As disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código.*
>
> *§2º Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código.*
>
> *§3º Os processos mencionados no art. 1.218 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, cujo procedimento ainda não tenha sido incorporado por lei submetem-se ao procedimento comum previsto neste Código.*
>
> *§ 4º As remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código.*
>
> *§5º A primeira lista de processos para julgamento em ordem cronológica observará a antiguidade da distribuição entre os já conclusos na data da entrada em vigor deste Código.*

Confira-se, a respeito, a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves:

> *A vacatio legis do Novo CPC é de um ano da data de sua publicação oficial, nos termos do art. 1.045. Significa que, após a publicação oficial, ainda teremos um ano de vigência do CPC/1973, sendo esse o período para que todos se familiarizem com o Novo Código de Processo Civil. Seguindo a tradição de que normas processuais têm aplicação imediata, o art. 1.046 do Novo CPC prevê que, ao entrarem em vigor suas disposições, aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes, ficando revogado o CPC/1973. No mesmo sentido, o art. 14 do Novo CPC ao prever que a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada. No sentido do texto há três Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): nº 267: 'Os prazos processuais iniciados antes da vigência do CPC serão integralmente regulados pelo regime revogado'; nº 268: 'A regra de contagem de prazos em dias úteis só se aplica aos prazos iniciados após a vigência do Novo Código'; n. 275: 'Nos processos que tramitam eletronicamente, a regra do art. 229, § 1º, não se aplica aos prazos já iniciados no regime anterior'*(Novo CPC Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015 Inovações/Alterações/Supressões comentadas. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. P. 589)

Sendo assim, conclui-se que aos atos processuais praticados na vigência do CPC/1973 aplica-se este diploma normativo. Por conseguinte, os recursos interpostos contra decisões prolatadas sob a égide do antigo CPC, serão regidos pela Lei n. 5.869/73.

Feita esta elucidação, passo ao exame das matérias devolvidas a esta Corte.

Por primeiro é forçoso registrar que a relação jurídica existente entre as partes deve ser analisada à luz do Código de Defesa do Consumidor, por ser típica relação de consumo, onde o plano de saúde é um prestador de serviços e os usuários são os destinatários finais, consoante o disposto nos artigos 2º e 3º, § 2º daquele diploma normativo:

> *Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. (...)*

> *Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (...) 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*

Com efeito, embora a apelante seja pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos e em caráter de autogestão, atua no ramo de prestação de serviços médico-hospitalar aos servidores públicos estaduais, mediante contribuição pecuniária mensal, assegurando a seus associados o acesso a consultas, exames e determinados tratamentos médicos, atividade típica de plano de saúde, configurando-a como tal. Assim, é considerada fornecedora de serviços de saúde a seus associados, que contribuem financeiramente para fazer jus a essa assistência, sendo, por isso, regida pelas normas atinentes ao Código de Defesa do Consumidor e demais legislações pertinentes ao caso. Por certo que a cláusula é ilegal e abusiva quando a atenção fica voltada ao princípio da isonomia. A vedação imposta pelo Estatuto da apelante impõe situação desfavorável ao próprio servidor público, então associado daquele grupo, quando comparado às situações de dependência previstas no artigo 8º, do regulamento de regência.

Não havendo obrigação do servidor em contratar o plano de assistência da ré, não corresponde ao propósito do justo exigir que para gozar da cobertura a que faz jus pelo casamento ou união estável, o autor deva se submeter ao vínculo contratual como titular.

Logo, frente a nulidade da cláusula 8ª, parágrafo 6º, a operadora CASSEMS deve admitir a inclusão do segundo requerente na condição de beneficiário-dependente de sua companheira, conservando ela a posição de associado titular.

Dentro deste contexto, vê-se que a negativa da apelante em incluir o apelado na condição de beneficiário-dependente da cônjuge no plano de saúde dele, pelo simples fato dela também ser servidora, viola os princípios previstos no Código de Defesa, aplicáveis ao caso presente, bem como os princípios constitucionais da isonomia, da preservação da saúde e dignidade da pessoa humana.

Ao discorrer sobre o princípio da desigualdade, Alexandre de Morais fez a seguinte ponderação:

> *A desigualdade na lei produz-se quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à invalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. Assim, os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal, quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado.* (Constituição do Brasil Interpretada. Editora Atlas. 2005. pág. 181)

Neste sentido é o entendimento desta Corte, *verbis*:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C CONDENATÓRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, INDENIZAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRELIMINARES – JULGAMENTO ULTRA E EXTRA PETITA – DECADÊNCIA – REJEITADAS – MÉRITO – PLANO DE SAÚDE – CASSEMS – APLICABILIDADE DO CDC – SERVIDOR PÚBLICO – INCLUSÃO NA CONDIÇÃO DE DEPENDENTE*

> *– POSSIBILIDADE – ABUSIVIDADE DA RESOLUÇÃO NORMATIVA N.º 12/2003 – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (...) A relação jurídica firmada entre empresa de plano de saúde e seus associados é regida pelo CDC, consoante Súmula n.º 469, do STJ. Deve ser considerada abusiva a disposição que obrigue o servidor público a aderir ao plano de saúde apenas na condição de titular, impedindo o seu acesso como dependente de outro associado.* (TJMS - Apelação - Nº 0801125-97.2015.8.12.0045 – Sidrolândia, Rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, 5ª Câmara Cível , DJ 6 de setembro de 2016).
>
> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO – AÇÃO COMINATÓRIA PARA CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – CASSEMS – APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INCLUSÃO DE DEPENDENTE – CÔNJUGE SERVIDOR PÚBLICO – POSSIBILIDADE – NULIDADE DE CLÁUSULA PROIBITIVA – DANO MORAL – INOCORRÊNCIA – PREQUESTIONAMENTO – APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO IMPROVIDOS. As normas previstas no Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis aos planos de saúde, nos termos da Súmula nº 469 do STJ, o que se aplica à CASSEMS. Não há que se falar na prevalência do artigo 8º, §6º do Estatuto da CASSEMS, que proíbe a condição de dependente àqueles que estiverem habilitados a serem associados ou participantes da entidade, sob pena de ofensa aos princípios da isonomia e igualdade de tratamento.* (TJMS - Apelação - Nº 0800785-41.2014.8.12.0029 – Naviraí, Rel. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, 1ª Câmara Cível, 23 de agosto de 2016)

Vê-se que admitir a imposição da apelante importa em conceder a outros sócios mais vantagens do que outros, porquanto o cônjuge de sócio que não é servidor público poderá figurar como dependente do seu par, ou seja, acaba estabelecendo para situações idênticas diferenças que implicam em ofensa ao princípio da igualdade.

Assim sendo, impõe-se a manutenção da sentença que determinou que a apelante acate a inscrição do segundo autor na categoria de beneficiário-dependente no plano de saúde da primeira requerente, associada titular.

A propósito, esta Câmara já decidiu:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA - PLANO DE SAÚDE – CASSEMS – VEDAÇÃO DE INCLUIR ESPOSA TAMBÉM FUNCIONÁRIA PÚBLICA COMO DEPENDENTE DO SEU MARIDO – ABUSIVIDADE CONSTATADA – APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - PREQUESTIONAMENTO - RECURSO DESPROVIDO. A negativa de manutenção de cônjuge, também servidora pública, como beneficiária do seu esposo, associado titular, fere as regras do Código de Defesa do Consumidor e em ainda o princípio constitucional da isonomia, pois concede a alguns sócios mais vantagens do que a outros. Torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide.* (TJMS - Apelação - Nº 0802085-04.2015.8.12.0029 - Naviraí , Rel. Des. Eduardo Machado Rocha, 3ª Câmara Cível , DJ 16 de agosto de 2016)
>
> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO – CASSEMS – INCLUSÃO DA ESPOSA TAMBÉM FUNCIONÁRIA PÚBLICA COMO BENEFICIÁRIA DO SEU ESPOSO, ASSOCIADO TITULAR – APLICAÇÃO DAS REGRAS CONSUMERISTAS – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A negativa de inclusão de cônjuge, também servidora pública, como beneficiária do seu esposo, associado titular, fere as regras do Código de Defesa do Consumidor e em especial o princípio constitucional da*

igualdade, eis que concede a alguns sócios mais vantagens do que a outros. 2.Quanto ao prequestionamento, esta Corte tem entendido ser desnecessária a manifestação expressa dos dispositivos legais utilizados para a conclusão do julgamento, bastando que as matérias postas em discussão tenham sido apreciadas adequadamente. (TJMS - Apelação - Nº 0820153-86.2015.8.12.0001 - Campo Grande Relator – Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, 3ª Câmara Cível , DJ 31 de maio de 2016).

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA – PLANO DE SAÚDE DA CASSEMS – RELAÇÃO DE CONSUMO – VEDAÇÃO AO SERVIDOR DE SER DEPENDENTE DE OUTRO – ABUSIVIDADE CONSTATADA – FACULTATIVIDADE – VIOLAÇÃO ÀS NORMAS E PRINCÍPIOS QUE REGEM O CDC – VÍCIO FORMAL DA RESOLUÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I - A Caixa de Assistência dos Servidores Públicos de Mato Grosso do Sul – CASSEMS é pessoa jurídica de direito privado, com fins assistenciais não lucrativos, cujo objetivo é a assistência à saúde dos servidores estaduais, além de possuir sistema de autogestão, cuja filiação é facultativa e dependente de retribuição pecuniária. II - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. III - O fato de a alteração sobre a inclusão/exclusão dos associados beneficiários ter se efetivado por resolução do Conselho Administrativo da CASSEMS (nº 12/2003), além de contrariar frontalmente os princípios e normas emanados do diploma consumerista, denota vício formal (arts. 54 e 59 do CC). IV - Não pode a CASSEMS pretender obrigar o servidor a se inscrever como titular de um novo plano, apenas por também enquadrar-se nesta categoria, pois cabe a ele escolher a condição contratual que melhor se enquadre em suas necessidades, ou seja, pode figurar como titular de um novo plano, ou como dependente de sua companheira, também servidora, já que se encaixa em ambas as categorias, fazendo jus a exercê-la de acordo com sua escolha. (Apelação Nº 0801212-38.2014.8.12.0029, 3ª Câmara Cível, Relator Des. Marco André Nogueira Hanson, j. 16/02/2016)

Por fim, quanto ao prequestionamento, esta Corte tem entendido ser desnecessária a manifestação expressa dos dispositivos legais utilizados para a conclusão do julgamento, bastando que as matérias postas em discussão tenham sido apreciadas adequadamente.

Posto isso, conheço e nego provimento ao recurso de apelação cível.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

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, 07 de fevereiro de 2017.

***

Órgão Especial
Mandado de Injunção nº 1408226-43.2016.8.12.0000
Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

EMENTA – MANDADO DE INJUNÇÃO – SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL –AGENTE FISCAL AGROPECUÁRIO – FUNÇÃO DE TÉCNICO AGRÍCOLA DA AGENCIA ESTADUAL DE DEFESA ANIMAL E VEGETAL – ALEGAÇÃO DE OMISSÃO LEGISLATIVA ESTADUAL COM RELAÇÃO AO PEDIDO DE ATIVIDADE ESPECIAL EXERCIDO ANTERIORMENTE A REGULAMENTAÇÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL DECORRENTE DA PORTARIA AGEPREV/MS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA RECONHECIDA –REPERCUSSÃO GERAL DO TEMA NOS AUTOS DE RE 797.905/RG/SE - TEMA 727 - ARTIGO 40 § 4º DA CF – OMISSÃO LEGISLATIVA – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA APRECIAÇÃO DO PEDIDO - EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.

A Corte Suprema assentou a legitimidade do Presidente da República para figurar no polo passivo de mandado de injunção sobre o tema de omissão legislativa quanto à edição da Lei Complementar prevista no artigo 40, §4º da Constituição Federal, que trata da matéria relativa à aposentadoria especial aos servidores públicos federal, estadual e municipal.

Enquanto não editada a lei reguladora nacional pelo Presidente da República, os Governadores dos Estados não estão legitimados para figurar no polo passivo de mandado de injunção em Tribunal Estadual, passando a ser competente para julgamento da questão o próprio Supremo Tribunal Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e, com o parecer, acolher as preliminares de ilegitimidade passiva e incompetência da justiça comum para processar e julgar o recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 1º de fevereiro de 2017.

Des. Fernando Mauro Moreira Marinho - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Trata-se de mandado de injunção impetrado por Alcibiades Biazussi em face do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na omissão legislativa estadual com relação ao período de atividade especial exercido anteriormente a regulamentação da aposentadoria especial decorrente da portaria AGEPREV/MS ocorrido em 05.12.2013.

Alega, em síntese, que:

Foi admitido no serviço público estadual em 01.06.1988, exercendo o cargo de Agente Fiscal Agropecuários, na função de Técnico Agrícola, lotado atualmente na Agência Estadual de Defesa Animal e Vegetal-IAGRO, cujo trabalho laboral em atividade considerada especial em condições periculosas e insalubres no 1º período de 01.06.1988 a 30/11/2013, tais como auxiliar de mapeamento de ocorrências zooftossanitárias, realização de exames laboratoriais de produtos de origem animal e vegetal, vacinação de bovinos e outros animais em propriedades rurais e na periferia urbana, captura de morcegos e assemelhados, inspeção de frigoríficos e laticínios, corte e queima de vegetais para erradicação, realizar coleta de sangue de bovídeos, equídeos, suídeos, aves e outros animais, apoiar a execução de serviços de necropsia de animais e atividades laboratoriais passou a ser pago em subsídio único, em conformidade com a Lei n. 4.196/2012.

As condições de trabalho especiais são ensejadoras de tratamento diferenciado quanto a sua remuneração, comprovada em seus contracheques, bem como quanto a sua forma de contagem de tempo de serviço, cuja regra não existe, por falta de normatização pelo poder público.

Tem o seu direito Constitucional de conversão de tempo especial em comum tolhido, pela ausência de dispositivo legal, em relação aqueles que laboraram em condições insalubres e que não possuem direito a aposentadoria especial, pelo novo regulamento imposto pela portaria AGEPREV/MS N. 01, 05.12.2013, quando a aposentadoria especial passou a ser regulamentada, estando respaldado juridicamente nos artigos 5º, LXXI e 114, II, alínea j, artigo 67, § 1º, 'b' e 89, VI da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, bem como o artigo 463, do RITJ/MS, acrescentando que, nos termos do artigo 40, § 4º, II e III, da Constituição Federal.

Busca-se cessar a omissão legislativa estadual, com relação ao período de atividade especial exercido anteriormente a regulamentação da aposentadoria especial decorrente da portaria AGEPREV/MS ocorrida em 05.12.2013.

Pede, por fim, a procedência da presente ação suprimindo a falta de norma regulamentadora que torne viável o exercício do direito de averbação do tempo de serviço em condições especiais de trabalho para que seja garantido o direito à adoção da lei nº 8.213/91 (Lei Geral de Previdência Social) para a concessão de contagem do tempo de serviço em condições especiais e sua conversão em tempo comum, nos termos do art. 70 do decreto nº 3.048, de 06/05/1999 até a data limite de 05/12/1998, quando a EC 20/98 passou a não permitir a contagem de tempo ficto. Juntou documentos de f. 16/143.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações e defesa aos autos, arguindo, preliminarmente, a decadência do direito de ação, uma vez que decorrido prazo superior a 120 (cento e vinte) dias entre a publicação ocorrida em 10/12/2013 da Portaria AGEPREV/MS nº 01, de 05.12.2013, que regulamentou o artigo 40, § 4º, da Constituição Federal, e a impetração da presente ação, com fundamento nos artigos 14 da Lei 13.300/2016 e 23 da Lei 12.016/2009, bem como a ocorrência de prescrição do direito pleiteado previsto no artigo 1º do Decreto 20.910/32, desde a publicação da Emenda Constitucional nº 20/98 em 16/12/1998. No mérito, pugna pela improcedência sob o argumento de que a pretensão de obter a declaração judicial de conversão de tempo de serviço prestado sob condições especiais em comum para fins de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição comum não pode prosperar, visto que o STF tem decidido pela impossibilidade de contagem diferenciada de tempo especial de servidor público estatutário para fins de conversão em tempo comum (f. 180/192).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou pelo acolhimento das preliminares de ilegitimidade passiva e incompetência da justiça comum para julgar o presente mandado de injunção, caso superadas as preliminares, pelo não conhecimento por inadequação da via eleita. (f. 196/206).

VOTO

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (Relator)

Trata-se de mandado de injunção impetrado por Alcibiades Biazussi em face do Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na omissão legislativa estadual com relação ao período de atividade especial exercido anteriormente a regulamentação da aposentadoria especial decorrente da portaria AGEPREV/MS ocorrido em 05.12.2013.

Alega, em síntese, que:

Foi admitido no serviço público estadual em 01.06.1988, exercendo o cargo de Agente Fiscal Agropecuários, na função de Técnico Agrícola, lotado atualmente na Agência Estadual de Defesa Animal e Vegetal-IAGRO, cujo trabalho laboral em atividade considerada especial em condições periculosas e insalubres no 1º período de 01.06.1988 a 30/11/2013, tais como auxiliar de mapeamento de ocorrências zooftossanitárias, realização de exames laboratoriais de produtos de origem animal e vegetal, vacinação de bovinos e outros animais em propriedades rurais e na periferia urbana, captura de morcegos e assemelhados, inspeção de frigoríficos e laticínios, corte e queima de vegetais para erradicação, realizar coleta de sangue de bovídeos, equídeos, suídeos, aves e outros animais, apoiar a execução de serviços de necropsia de animais e atividades laboratoriais passou a ser pago em subsídio único, em conformidade com a Lei n. 4.196/2012.

As condições de trabalho especiais são ensejadoras de tratamento diferenciado quanto a sua remuneração, comprovada em seus contracheques, bem como quanto a sua forma de contagem de tempo de serviço, cuja regra não existe, por falta de normatização pelo poder público.

Tem o seu direito Constitucional de conversão de tempo especial em comum tolhido, pela ausência de dispositivo legal, em relação aqueles que laboraram em condições insalubres e que não possuem direito a aposentadoria especial, pelo novo regulamento imposto pela portaria AGEPREV/MS N. 01, 05.12.2013, quando a aposentadoria especial passou a ser regulamentada, estando respaldado juridicamente nos artigos 5º, LXXI e 114, II, alínea 'j', artigo 67, § 1º, 'b' e 89, VI da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, bem como o artigo 463, do RITJ/MS, acrescentando que, nos termos do artigo 40, § 4º, II e III, da Constituição Federal.

Busca cessar a omissão legislativa estadual com relação ao período de atividade especial exercido anteriormente a regulamentação da aposentadoria especial decorrente da portaria AGEPREV/MS ocorrida em 05.12.2013.

Pede, por fim, a procedência da presente ação suprimindo a falta de norma regulamentadora que torne viável o exercício do direito de averbação do tempo de serviço em condições especiais de trabalho para que seja garantido o direito à adoção da Lei nº 8.213/91 (Lei Geral de Previdência Social) para a concessão de contagem do tempo de serviço em condições especiais e sua conversão em tempo comum, nos termos do art. 70 do decreto nº 3.048, de 06/05/1999 até a data limite de 05/12/1998, quando a EC 20/98 passou a não permitir a contagem de tempo ficto. Juntou documentos de f. 16/143.

O Estado de Mato Grosso do Sul prestou informações e defesa aos autos, arguindo, preliminarmente, a decadência do direito de ação, uma vez que decorrido prazo superior a 120 (cento e vinte) dias entre a publicação ocorrida em 10/12/2013 da Portaria AGEPREV/MS nº 01, de 05.12.2013, que regulamentou o artigo 40, § 4º, da Constituição Federal, e a impetração da presente ação, com fundamento nos artigos 14 da Lei 13.300/2016 e 23 da Lei 12.016/2009, bem como a ocorrência de prescrição do direito pleiteado previsto no artigo 1º do Decreto 20.910/32, desde a publicação da Emenda Constitucional nº 20/98 em 16/12/1998.

No mérito, pugna pela improcedência sob o argumento de que a pretensão de obter a declaração judicial de conversão de tempo de serviço prestado sob condições especiais em comum para fins de concessão de aposentadoria por tempo de contribuição comum não pode prosperar, visto que o STF tem decidido pela impossibilidade de contagem diferenciada de tempo especial de servidor público estatutário para fins de conversão em tempo comum (f. 180/192).

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou pelo acolhimento das preliminares de ilegitimidade passiva e incompetência da justiça comum para julgar o presente mandado de injunção, caso superadas as preliminares, pelo não conhecimento por inadequação da via eleita. (f. 196/206).

Passo a analisar sobre a preliminar de ilegitimidade passiva.

Observa-se da inicial que o impetrante objetiva sanar omissão legislativa estadual na regulamentação do artigo 40, §4º, inciso III, da Constituição Federal para que seja reconhecido direito à contagem diferenciada do tempo de serviço prestado sob condições prejudiciais à saúde ou a integridade física para possibilitar o exercício do direito de conversão e averbação do citado tempo de serviço, trabalhado em condições especiais decorrente da insalubridade com aplicação analógica da Lei nº 8.213/91, que cuida do Regime Geral de Previdência Social.

Vejamos o artigo objurgado:

> *Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.*
>
> *(...)*
>
> *§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:*
>
> *(...)*
>
> *III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.*

No entanto, conforme se constata no voto paradigma proferido pelo Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário 797/905-RG- Tema 727 o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria controvertida, restou assim ementado:

> *Recurso extraordinário. Repercussão Geral da questão constitucional reconhecida. Reafirmação de jurisprudência.* ***A omissão referente à edição da Lei Complementar a que se refere o art. 40, §4º, da CF/88, deve ser imputada ao Presidente da República e ao Congresso Nacional. 2. Competência para julgar mandado de injunção sobre a referida questão é do Supremo Tribunal Federal****. 3. Recurso extraordinário provido para extinguir o mandado de injunção impetrado no Tribunal de Justiça.*(RE 797905 RG/SE – Sergipe - Repercussão Geral no Recurso Extraordinário Relator(a): Min. Gilmar Mendes Julgamento: 15/05/2014. Publicação Processo Eletrônico Repercussão Geral – mérito DJe-102 divulg 28-05-2014 public 29-05-2014). (grifo nosso).

No julgamento do mérito, considerou o Sr. Ministro:

> *(...) Trata-se de recursos extraordinários em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe que conheceu de mandado de injunção e concedeu parcialmente a ordem requerida, por entender configurada a mora legislativa do Estado-Membro, relativa à disciplina da aposentadoria especial de servidor público, prevista no art. 40, § 4º, da CF/88. O acórdão recorrido está assim ementado: Mandado de Injunção Aposentadoria Especial por Exercício em Atividade Insalubre Preliminares Legitimidade passiva do Governador do Estado para figurar no pólo passivo da demanda e competência desta Corte de Justiça para processar o mandamus Inteligência dos artigos 61, §1º, II c da Constituição Federal e artigo 61, inciso IV da Constituição Estadual, bem como artigo 24, §3º da CF Rejeição das preliminares Mérito Existência de mora legislativa em editar lei que discipline a aposentadoria especial por atividade insalubre Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte de Justiça Aplicação do artigo 57 e 58 da Lei 8.213/91 Concessão Parcial da Ordem Decisão Unânime. (eDOC 2, p. 1) Os recursos extraordinários, interpostos com fundamento no artigo 102, III, a, da Constituição Federal, apresentam preliminares formais e fundamentadas de repercussão geral, na forma do artigo 543-A, § 2º, do CPC. Aponta-se violação aos artigos 24, XII, e 40, § 4º, da Constituição. Nos recursos extraordinários defende-se, em síntese, que a competência para editar a Lei Complementar prevista no artigo 40, § 4º, da Constituição é da União, sendo, portanto, de iniciativa privativa do Presidente da República, e que a competência para julgar mandado de injunção sobre o tema é do Supremo Tribunal Federal. Observados os demais requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário, passo à análise da existência de repercussão geral da questão constitucional debatida nos autos.* ***O Tribunal de origem, ao assentar que detém competência para julgar mandado de injunção, fundamentado na mora legislativa em se aprovar a lei complementar que cuide da aposentadoria especial de servidor público (artigo 40, § 4º, da Constituição Federal), destoou da jurisprudência desta Corte, a qual é firme no sentido de que a competência para julgar tal ação é do Supremo Tribunal Federal. Sobre o tema, esta Corte assentou que, apesar de a competência legislativa ser concorrente, a matéria deve ser regulamentada uniformemente, em norma de caráter nacional, de iniciativa do Presidente da República.*** *A propósito, cito os seguintes precedentes: MI-ED 4.366, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, DJe 12.2.2014; MI-AgR 1.328, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, DJe 2.12.2013; RE-AgR 745.628, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 4.11.2013; MI-AgR 1.545, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, DJe 08.06.2012; MI-AgR 1.832, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJe de 18.05.2011; e MI 1.898-AgR/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, DJe 1.6.2012, cuja ementa colaciono a seguir: CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL. SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS. DECISÃO QUE CONCEDE A ORDEM PARA DETERMINAR QUE A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA COMPETENTE ANALISE A SITUAÇÃO FÁTICA DO IMPETRANTE À LUZ DO ART. 57 DA LEI 8.213/1991. AGRAVO REGIMENTAL DA UNIÃO. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA E DE INCOMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE PREVIDÊNCIA DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. A Corte firmou entendimento no sentido de que a competência concorrente para legislar sobre previdência dos servidores públicos não afasta a necessidade da edição de norma regulamentadora de caráter nacional, cuja competência é da União. Por esse motivo, a Corte assentou a legitimidade do Presidente da República para figurar no polo passivo de mandado de injunção sobre esse tema. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (grifei) Assim, verificada a competência da União para editar a lei complementar a que se refere o artigo 40, §*

4º, da Constituição Federal, a competência para julgar mandado de injunção sobre o assunto em exame, impetrado por servidores públicos federais, estaduais e municipais, é do Supremo Tribunal Federal, consoante já assentado em sua jurisprudência. Nesse sentido: MI-AgR-Segundo 4.158, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, DJe 19.2.2014; MI-AgR 4.457, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 19.2.2014; MI-AgR 2.247, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, DJe 11.10.2013; MI-AgR-Segundo 1.675, Rel. Min. Rosa Weber, Pleno, DJe 1.8.2013; MI-AgR 1.909, Rel. Min. Rosa Weber, Pleno, DJe 19.8.2013; MIED-AgR 3.876, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, DJe 29.8.2013; e ARE-AgR 678.410, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 13.2.2014, cuja ementa transcrevo a seguir: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA ESPECIAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. IMPETRAÇÃO PERANTE TRIBUNAL DE 2º GRAU. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO GOVERNADOR DO ESTADO E DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. EXTINÇÃO. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Não obstante o disposto no art. 40, § 4º, (a exigir leis complementares para a regulamentação das aposentadorias especiais em cada ente federado) e no art. 102, I, q, da Constituição (sobre a competência para mandados de injunção), o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que (a) a norma regulamentadora de que trata a inicial do mandado de injunção deve ser editada pela União, de modo que a legitimidade passiva nessa demanda é do Presidente da República e (b) por essa razão, o STF é competente para os mandados de injunção envolvendo servidores públicos municipais, estaduais e distritais (MI 3876 ED-AgR, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe de 29/08/2013; MI 1675 AgRsegundo, Relator(a): Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe de 01/08/2013; MI 1545 AgR/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 08/06/2012; MI 1832 AgR, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe de 18/05/2011). 2. Por base nessa jurisprudência, em se tratando da matéria relativa à aposentadoria especial, enquanto não editada a lei reguladora nacional pelo Presidente da República, os Governadores de Estado não estão legitimados para figurar no polo passivo de mandado de injunção em Tribunal estadual. 3. Agravo regimental provido, para conhecer-se do agravo e, desde logo, dar provimento ao recurso extraordinário. Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária do dia 9 de abril de 2014, aprovou a Súmula Vinculante 33, que assim dispõe: Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do Regime Geral de Previdência Social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal, até edição de lei complementar específica. Desse modo, com a aprovação do referido enunciado vinculante, sequer será necessária a impetração de mandado de injunção na hipótese. Ante o exposto, manifesto-me pelo reconhecimento da repercussão geral da matéria constitucional debatida nos autos, para reafirmar a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a competência para julgar mandado de injunção referente à omissão quanto à edição da lei complementar prevista no artigo 40, § 4º, da CF/88 é do Supremo Tribunal Federal e, consequentemente, dou provimento aos recursos extraordinários para extinguir o mandado de injunção impetrado, ante a ilegitimidade passiva do Governador do Estado de Sergipe. (grifo nosso).

Desse modo, conforme a repercussão geral da matéria a suprema Corte reafirma de que a competência para julgar mandado de injunção referente à omissão legislativa para que seja editada lei complementar prevista no artigo 40, §4º da Constituição Federal é do próprio Supremo Tribunal Federal, além de reconhecer a legitimidade do Presidente da República para figurar no polo passivo de mandado de injunção sobre esse tema.

Portanto, havendo a necessidade de regulamentação, o caso é de mora legislativa quanto à adoção de critérios e requisitos diferenciados para concessão de aposentadoria.

Essa Corte já se pronunciou em casos análogos:

EMENTA – AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE INJUNÇÃO – APOSENTADORIA ESPECIAL DE SERVIDOR PÚBLICO POR EXERCÍCIO DE ATIVIDADE INSALUBRE – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO GOVERNADOR DO ESTADO – PRECEDENTES DO STF – PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO – DECISÃO MANTIDA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

O Supremo Tribunal Federal assentou que a omissão quanto a edição de Lei Complementar a que se refere o artigo 40, § 4º, da CF/88, deve ser imputada ao Presidente da República e ao Congresso Nacional. Logo, a competência para julgar mandado de injunção sobre a referida questão é do Supremo Tribunal Federal (STF, Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 797.905). (Relator(a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Comarca: Não informada; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 19/10/2016; Data de registro: 20/10/2016).

MANDADO DE INJUNÇÃO – APOSENTADORIA ESPECIAL – TÉCNICO PENITENCIÁRIO – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA, DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO INICIALMENTE AFASTADAS – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA – INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO – NEGADO SEGUIMENTO – INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO – DETERMINAÇÃO DE REMESSA À ORIGEM – APLICAÇÃO DO ART. 543-B DO CPC – MATÉRIA OBJETO DE REPERCUSSÃO GERAL – RE-RG 797.905 (tema 727) – DECISÃO RECORRIDA DISSONANTE DO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO STF – JUÍZO DE RETRATAÇÃO REALIZADO – ACOLHIMENTO DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA – PROCESSO EXTINTO.

Com fundamento no §3º do art. 543-B do CPC/73, em razão do julgamento do paradigma RE-RG 797.905, deve ser realizado o juízo de retratação para o acolhimento das preliminares de ilegitimidade passiva e incompetência do juízo suscitadas, em razão de que omissão referente à edição da Lei Complementar a que se refere o art. 40, §4º, da CF, deve ser imputada ao Presidente da República, assim como a competência para julgar mandado de injunção sobre a referida questão é do STF. Processo extinto sem resolução de mérito. (Relator(a): Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 07/06/2016; Data de registro: 15/06/2016)

Quanto as demais preliminares de decadência e de prescrição arguidas pelo impetrado restam prejudicadas.

Diante do exposto, de acordo com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, e diante do entendimento em repercussão geral de questão constitucional no RE 797.905/RG/SE - Tema 727 do Supremo Tribunal Federal declaro a ilegitimidade passiva do Governador para figurar no polo passivo da ação, reconhecendo o Presidente da República como parte legítima da ação de mandado de injunção e, de consequência, resta a incompetência deste Tribunal de Justiça para julgamento da matéria, por ser a Suprema Corte competente para apreciação do pedido, a teor do artigo 102, inciso I, 'q' da Constituição Federal, ficando o processo extinto sem resolução de mérito.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, acolheram as preliminares de ilegitimidade passiva e incompetência da justiça comum para processar e julgar o recurso, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 01 de fevereiro de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0004902-66.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA – SEGURO DE VEÍCULO – RESPONSABILIDADE CIVIL FACULTATIVA – VEÍCULOS (RCF) – EXCLUSÃO DE COBERTURA PARA OS OCUPANTES DO VEÍCULO – PRECEDENTE DO STJ – RECURSO IMPROVIDO.

Não obstante os contratos devam ser interpretados de maneira favorável ao consumidor e restritiva em relação a cláusulas que lhe sejam desfavoráveis, com fulcro no artigo 47 do CDC, no presente caso, a cláusula que exclui das coberturas contratadas os ocupantes do veículo segurado, foi clara e expressa não ensejando o pagamento do prêmio.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 14 de fevereiro de 2017.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

José Lopes da Silva interpõe recurso de apelação em face da sentença de f. 352-360 que, nos autos da ação de cobrança de indenização securitária ajuizada em desfavor de Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A, julgou improcedente o pedido formulado na exordial.

Aduz que o apelante é portador de sequelas permanentes e incapacitantes fruto do acidente narrado na inicial, motivo pelo qual faz jus a indenização por danos corporais.

Explica que o juiz *a quo* julgou improcedente a lide, pois considerou que a cláusula do contrato (RCF-V Danos Corporais) seria apenas para cobertura de terceiras pessoas, e não do próprio ocupante da motocicleta.

Pondera que não teve conhecimento na época da contratação de que a indenização de Danos Corporais seria para terceiros, visto que os documento que lhe foram entregues não traziam qualquer explicação ou definições da sigla, faltando a seguradora com seu dever de informação.

Sustenta que as limitações existentes no contrato que não foram apresentadas previamente ao consumidor, ou que não foram devidamente explicadas de forma clara e objetiva sobre todos os termos e condições existentes, devem ser consideradas nulas por determinação do CDC.

Assevera que há entendimento pacífico no ordenamento jurídico de que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas em favor do segurado, nos termos do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor.

Prequestiona o artigo 760, do Código Civil, e os arts. 6°, VIII, 51, XIII, 54, §4°, 46 e 47, do Código de Defesa do Consumidor.

Ao final, pugna pela reforma da sentença para que seja julgado procedente o pedido inicial.

Resposta do apelado às fls. 376-381.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de apelação interposta por José Lopes da Silva em face da sentença de f. 352/360 que, nos autos da ação de indenização securitária que promove em face de Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A, julgou improcedente o pedido inicial.

Cinge-se a discussão dos autos se o apelante faz jus ao recebimento da prevista nas cláusulas RCFV - (responsabilidade civil facultativa veículos), do contrato de seguro firmado com a Mafre Seguros S/A.

Pois bem, faz-se necessária a transcrição da cláusula contratual em apreço:

> *4. RESPONSABILIDADE CIVIL FACULTATIVA - VEÍCULOS (RCF - VEÍCULOS)*
>
> *1. Riscos Cobertos*
>
> *1.1 Pela contratação desta cobertura o Segurado terá garantido o reembolso das quantias as quais ele for obrigado a pagar em virtude de danos materiais e/ou danos corporais causados involuntariamente a terceiros, por culpa que lhe possa ser imputada e cobertos pelo seguro, em decorrência de:*
>
> *a. Indenizações em virtude de sentença judicial cível transitada em julgado que considere o segurado responsável civilmente por evento coberto pelo seguro ou de acordo autorizado previamente e de modo expresso pela Seguradora;*
>
> *b. Por colisão a bens de terceiros;*
>
> *c. Pela carga, objeto de transporte de veículo segurado, enquanto por ele transportada;*
>
> *d. Por atropelamento;*
>
> *e. Despesas efetuadas com custas judiciais do foro civil e com honorários de advogados, sempre que tais despesas decorram de reclamações de terceiros estejam cobertas e sejam indenizáveis pelo contrato de seguro;* (f.89)

Vê-se, pois, que a referida cobertura, contratada pelo apelante, refere-se apenas a ressarcimento de valores pagos em caso de danos materiais ou corporais, causados a terceiros.

Também das cláusulas gerais, especificamente à f. 86 dos autos, extrai-se a definição de terceiro, *in verbis*:

> *Terceiro. Pessoa culpada ou prejudicada no acidente, exceto os ocupantes do veículo segurado, o próprio Segurado ou seus ascendentes, descendentes, cônjuge e irmãos e pessoas que com ele residam ou que dele dependam economicamente, bem como os sócios, diretores, administradores e controladores da pessoa jurídica.*

Conforme se observa do texto das cláusulas gerais acima transcritas, houve exclusão de cobertura para os ocupantes do veículo segurado.

Outrossim, não há deficiência no dever de informação da seguradora, mesmo porque as garantias contratadas estavam especificadas nas Condições Gerais do Seguro de Automóvel, tanto que no contrato trazido pelo apelante consta advertência da seguradora para a leitura das referidas condições disponíveis no site www.mafre.com.br, não podendo a cobertura relativa à Responsabilidade Civil Facultativa de Veículos - Danos Corporais, ser ampliada a situações garantidas por outro tipo de cobertura, não contratada.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> *RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SEGURO DE AUTOMÓVEL. ACIDENTE DE TRÂNSITO (CAPOTAMENTO). MORTE DO CONDUTOR. COBERTURA DE RESPONSABILIDADE CIVIL FACULTATIVA DE VEÍCULOS (RCF-V). DANOS CORPORAIS. ABRANGÊNCIA. INCIDÊNCIA SOBRE INDENIZAÇÃO DEVIDA A TERCEIROS. COBERTURA ADICIONAL DE ACIDENTES PESSOAIS DE PASSAGEIROS (APP). AUSÊNCIA DE CONTRATAÇÃO. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. AFASTAMENTO. 1. Ação de cobrança visando ao pagamento de indenização securitária, cingindo-se a controvérsia a saber se no contrato de seguro de automóvel a cobertura de Responsabilidade Civil Facultativa de Veículos (RCF-V), danos corporais, abrange lesões sofridas por passageiros do automóvel sinistrado, incluído o condutor, ou somente incide em caso de indenização a ser paga pelo segurado a terceiros envolvidos no acidente.[...] 4. A Segunda Seção deste Tribunal Superior já decidiu que a figura central do seguro de responsabilidade civil facultativo é a obrigação imputável ao segurado de indenizar os danos causados a terceiros. 5. Quanto à cláusula de cobertura de acidentes pessoais de passageiros, como se trata de cobertura adicional, cabe ao segurado optar, quando da celebração da avença, por sua contratação, pagando o prêmio correspondente. 6. Não havendo deficiência no dever de informação da seguradora, mesmo porque as garantias contratadas estavam especificadas na apólice, com o devido esclarecimento no Manual do Segurado, não pode a cobertura relativa à Responsabilidade Civil Facultativa de Veículos - Danos Corporais -, ser ampliada a situações garantidas por outro tipo de cobertura, não contratada (no caso, a de Acidentes Pessoais de Passageiros). 7. Recurso especial não provido.* (REsp 1311407/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 05/03/2015, DJe 24/04/2015)

Colha-se, o entendimento proferido pela 1ª Câmara deste E.Tribunal de Justiça:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA SEGURO DE AUTOMÓVEL – MORTE DE PASSAGEIRO – PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO DA COBERTURA PARA TERCEIROS (RCFV) – IMPOSSIBILIDADE – COBERTURA QUE COBRE EVENTUAL RESPONSABILIDADE CIVIL DO SEGURADO – VÍTIMA PASSAGEIRA – EXISTÊNCIA DE COBERTURA "ACIDENTE PESSOAL DE PASSAGEIRO" (APP) – PAGAMENTO ADMINISTRATIVO JÁ EFETUADO – RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Trata-se de seguro de automóvel e não seguro de vida, motivo pelo qual o evento danoso indenizável não é a morte de pessoas (terceiros ou passageiros), mas sim o sinistro com o veículo segurado, devendo ser observadas quais as coberturas contratadas. 2. A*

> *cobertura para terceiro se refere à responsabilidade civil por danos causados pelo veículo segurado – RCFV –, da qual o contratante pode se valer para o caso de ter que indenizar civilmente terceiro (não passageiro) a que tenha causado danos, existindo tanto a cobertura para danos materiais, quanto para danos morais. 3. O de cujus era passageiro do veículo, situação para a qual está prevista outro tipo de cobertura, qual seja, "Acidentes Pessoais de Passageiros – APP", visto que entende-se por ocupante a(s) pessoa(s) que, no momento do acidente, se encontre(m) no interior do veículo segurado, na qualidade de condutor ou passageiro(s), cuja cobertura já foi paga administrativamente. 4. Recurso não provido.* (TJMS Apelação - Nº 0801897-60.2014.8.12.0024 – Rel. Tânia Garcia de Freitas Borges 1ª Câmara Cível DJ. 25/07/2016)

Dessa forma, não há que se falar em obrigação da Apelada em pagar ao apelante os valores previstos para cobertura nas cláusulas RCFV - Danos Corporais.

Isso posto, nego provimento ao recurso.

Por conseguinte, nos termos do artigo 85, § 11º, do Código de Processo Civil, fixo os honorários recursais em R$ 700,00 (setecentos reais), elevando-se a verba honorária, portanto, para o total de R$ 1.400,00 (um mil e quatrocentos reais), a ser arcado pela parte autora, ressalvando-se, conforme já delineado na sentença recorrida, que *"a exigência de tais verbas diferida nos termos do artigo 98, § 3° do NCPC, provando-se em cinco anos a cessação da hipossuficiência financeira"*. (f. 360)

Por tais razões,

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. João Maria Lós.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. João Maria Lós, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 14 de fevereiro de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Remessa Necessária nº 0802006-89.2014.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – MANDADO DE SEGURANÇA – EXIGÊNCIA CONTIDA NO EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL, QUE, EMBORA EM COMPASSO COM A LEI 8.666/93, QUE DISCIPLINA A LICITAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, MOSTROU-SE EXAGERADO QUANTO AO ATENDIMENTO AO PROCESSO LICITATÓRIO – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS MANTIDA – REMESSA NECESSÁRIA À QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Nos termos do § 2º do artigo 31 da Lei 8.666/91, em processo de licitação os requisitos concernentes à comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes devem ser exigidos de forma objetiva para que a Administração tenha ciência da capacidade de atendimento dos requisitos e propostas apresentados pelos concorrentes.

Cabendo a exigência de certidão negativa de débito pelo Município de Ponta Porã, não tendo a parte interessada conseguido adquirir o documento em razão de falha no sistema operacional do Órgão competente, não pode haver sua exclusão do Concurso se tal fato foi devidamente comprovado de forma documental, especialmente com a juntada da Certidão do dia imediatamente posterior.

O atendimento do edital foi atendido pela parte de modo a concluir todos os quesitos exigidos pela Administração.

Demonstrado que o réu promoveu exigências de requisitos do edital, a manutenção da sentença de procedência dos pedidos formulados é medida que se impõe.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, com o parecer.

Campo Grande, 21 de fevereiro de 2017.

Des. João Maria Lós – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Juiz(a) de direito da 3ª vara cível da comarca de Ponta Porã procede à remessa necessária da sentença de f. 444/447 proferida nos autos do mandado de segurança com pedido de liminar que Ala Comércio de Medicamentos e Perfumaria LTDA ME, Lima & Colla LTDA- EPP, Vimed Distribuidora de Medicamentos LTDA - EPP, promove em face de atos praticados pelo prefeito do Município Ponta Porã, que julgou procedente o pedido inicial, concedendo a segurança pretendida a fim de garantir à impetrante o direito de contratação como vencedor no processo licitatório n. 9.113/2014, objeto do Pregão n. 048/2014.

No caso dos autos, a petição inicial informa que a impetrante do mandado de segurança foi vencedora no *"processo administrativo licitatório N. 9.113/2014, pregão presencial, do tipo maior percentual de desconto por lote"* (f. 1) e objetiva impor ao Município de Ponta Porã a obrigação de não desclassificá-lo do certame em razão da não apresentação da certidão negativa de débitos municipais, considerando que na data de abertura deste houve a correta juntada do demonstrativo da solicitação formulada junto à Secretaria Municipal de Ponta Porã; e, em seguida, foi juntado o documento retirado junto ao órgão.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de remessa necessária interposta por Juiz (a) de direito da 3ª vara cível da comarca de Ponta Porã em face da sentença de f. 444/447, nos autos do Mandado de Segurança com Pedido de Liminar que Ala Comércio De Medicamentos E Perfumaria LTDA ME, Lima & Colla LTDA- EPP, Vimed Distribuidora De Medicamentos LTDA - EPP promove em face de atos praticados pelo Prefeito do Município Ponta Porã, que julgou procedente o pedido inicial, concedendo a segurança pretendida a fim de garantir à impetrante o direito de contratação como vencedor no processo licitatório n. 9.113/2014, objeto do Pregão n. 048/2014.

No caso dos autos, a petição inicial informa que a impetrante do mandado de segurança foi vencedora no *"processo administrativo licitatório N. 9.113/2014, pregão presencial, do tipo maior percentual de desconto por lote"* (f. 1) e objetiva impor ao Município de Ponta Porã a obrigação de não desclassificá-lo do certame em razão da não apresentação da certidão negativa de débitos municipais, considerando que na data de abertura deste houve a correta juntada do demonstrativo da solicitação formulada junto à Secretaria Municipal de Ponta Porã; e, em seguida, foi juntado o documento retirado junto ao órgão.

Há de se manter a sentença objeto da remessa necessária.

O artigo 22, § 2º, da Lei nº. 8.666/1993, dispõe que a tomada de preços *"é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação"*.

Quanto aos requisitos constantes do edital, insta salientar, que todos eles foram preenchidos, conforme consignado na sentença de em reexame e bem apontado no Parecer apresentado pelo Ministério Público, segundo o qual:

> *(...) é imperioso ressaltar que a certidão negativa foi solicitada dentro de prazo hábil à apresentação no pregão presencial. Isso se vislumbra no requerimento acostado à f. 61, segundo o qual a solicitação de fornecimento da certidão negativa de débito ocorreu no dia 1.º .06.2014; por outro lado, o documento somente foi emitido na data de 26.07.2014.* (f. 475)

Isto significa dizer que o Município de Ponta Porã, ao exigir a apresentação de certidão negativa de débito, cujo protocolo foi-lhe apresentado na data aprazada, com a juntada do respectivo documento do dia imediatamente seguinte, extrapolou os limites legais, haja vista que a parte somente não atendeu a exigência em razão da indisponibilidade e falha no sue próprio sistema.

A propósito o precedente jurisprudencial:

> *ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PREGÃO PRESENCIAL. LEI Nº 10.520/2002. MENOR PREÇO. HABILITAÇÃO. EXCESSO DE FORMALISMO. - O procedimento licitatório na modalidade de pregão, instituído pela Lei nº 10.520/2002, foi criado*

> *para atender as necessidades de dar maior celeridade a Administração em certames licitatórios, não sendo a tônica do pregão o excesso de formalismo. - Não há justificativa plausível para a inabilitação do impetrante, que apresentou menor preço, no tocante ao requisito de capacidade técnica, quando fora juntada uma certidão do órgão impetrado atestando esta capacidade. Remessa obrigatória improvida.* (TRF-5 - REOMS: 89679 PE 0006337-19.2004.4.05.8300, Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena, Data de Julgamento: 04/12/2008, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 13/02/2009 - Página: 194 - Nº: 31 - Ano: 2009)

O fato é que o Município de Ponta Porã acabou por restringir a participação dos licitantes, caracterizando ofensa aos princípios que regulam a licitação, motivo pelo qual a manutenção da sentença de concessão da segurança pretendida é medida que se impõe.

Posto isso, conheço da remessa necessária, mas, com o parecer, nego-lhe provimento.

Por tais razões.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, com o parecer.

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, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 21 de fevereiro de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Remessa Necessária nº 0801259-74.2016.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. João Maria Lós

EMENTA – REEXAME NECESSÁRIO – CONCURSO PÚBLICO – CANDIDATO COM NÍVEL SUPERIOR AO SOLICITADO EM EDITAL – ELIMINAÇÃO ILEGAL – DEVER DE NOMEAÇÃO – PRECEDENTES DA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA DE NOSSO PAÍS – SENTENÇA MANTIDA

A formação da autora é superior ao exigido pelo edital para o cargo de monitora de educação infantil, visto que este é superior ao mínimo disciplinado pelo edital. Descabimento de eliminação da candidata em razão de nível de escolaridade acima do exigido no certame.

Dever do Estado em nomear o candidato. Precedentes do STJ neste sentido.

Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 21 de fevereiro de 2017.

Des. João Maria Lós - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. João Maria Lós.

Juiz(a) de direito da 2ª vara cível da comarca Paranaiba interpõe recurso de remessa necessária em face da sentença de fls. 203/214 que, nos autos de Obrigação de Fazer que lhe promove Fundação de Apoio ao Ensino, à Pesquisa e à Cultura do Estado de Mato Grosso do Sul - Fapems, Município de Paranaíba, Catiusse Dionísio da Silva, em que o magistrado julgou procedente o pedido formulado na prefacial, para o fim de determinar ao réu a nomeação e posse da autora para o cargo público a que concorreu no certame instituído pelo Edital PMP/FAPEMS n. 016/2015- Cargos I, convalidando a liminar deferida na inicial, resolvendo o mérito da demanda, nos termos do art. 487, I, do CPC.

O magistrado determinou que após decorrido o prazo para recurso voluntário, fossem os mesmos remetidos à instância superior, para fins de reexame necessário (fls. 214).

Consta às fls. 231 destes autos certidão que decorreu o prazo sem que as partes interpusessem recurso voluntário, apesar de intimadas.

Encaminhado os autos à Procuradoria Geral de Justiça (fls. 204/242) o membro do *Parquet* deixou de se manifestar sobre o mérito do reexame necessário, por entender que não há interesse público a justificar a intervenção do Ministério Público.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (Relator)

Cuida-se de remessa necessária interposta por Juiz(a) de direito da 2ª vara cível da comarca Paranaiba em face da sentença de fls.203/214 que, nos autos da ação de obrigação de fazer com pedido de liminar que promove em face de Fundação de Apoio ao Ensino, à Pesquisa e à Cultura do Estado de Mato Grosso do Sul - FAPEMS, Município de Paranaíba, Catiusse Dionísio da Silva, em que o magistrado julgou procedente o pedido formulado na prefacial, para o fim de determinar ao réu a nomeação e posse da autora para o cargo público a que concorreu no certame instituído pelo Edital PMP/FAPEMS n. 016/2015- Cargos I, convalidando a liminar deferida na inicial, resolvendo o mérito da demanda, nos termos do art. 487, I, do CPC.

O magistrado determinou que após decorrido o prazo para recurso voluntário, fossem os mesmos remetidos à instância superior, para fins de reexame necessário(fls. 214).

Consta às fls. 231 destes autos certidão que decorreu o prazo sem que as partes interpusessem recurso voluntário, apesar de intimadas.

Encaminhado os autos à Procuradoria Geral de Justiça (fls. 204/242) o membro do *Parquet* deixou de se manifestar sobre o mérito do reexame necessário, por entender que não há interesse público a justificar a intervenção do Ministério Público.

É a síntese do necessário. Passo à análise.

A autora foi aprovada no concurso público da Prefeitura de Paranaíba-MS, do ano de 2015, para o cargo de monitora de educação infantil, sendo que referida Prefeitura, contratou a requerente e outros admitidos nesse certame, para exercerem os respectivos cargos em que foram aprovados, antes de ocorrer a posse. Ressaltou, porém, que em 27.04.2016, obteve a informação da ré, no sentido de que não poderia tomar posse no cargo para o qual foi aprovada, sob o fundamento de que a formação da autora, que concluiu o curso superior de pedagogia, não atende à exigência contida no edital, segundo o qual o candidato deve ter concluído o Normal Médio, Magistério de 1º Grau ou CEFAM.

Informou, no entanto, que a formação exigida no aludido edital está praticamente extinta, e que sua formação é superior ao exigido para o cargo colimado.

A liminar para que fosse a ré compelida a nomear-lhe e na sequência lhe dar posse foi concedida e mantida pela sentença.

Pois bem.

Verifica-se nos autos em análise que a autora foi aprovada para o cargo público de monitora de educação infantil, conforme se extrai do Edital 016/2015 - Cargos I, o qual exige a formação em Normal Médio,Magistério de 1º Grau ou CEFAM, cursos de nível médio. Neste contexto, compulsando os autos, extrai-se do Edital 001/2015 - Cargos I, mais especificamente à fls. 25, que para cada cargo denominado, há um grau de escolaridade específico, quantidade de vagas, salário mensal e carga horária semanal.

Ocorre que a autora possui Licenciatura em Pedagogia, conforme se extrai do documento de fls. 12, o que a estaria impedindo de tomar posse no cargo público para o qual foi aprovada.

Frisa-se que a formação da autora é superior ao exigido pelo edital para o cargo de monitora de educação infantil, visto que este é superior ao mínimo disciplinado pelo edital. A Administração Pública, por sua vez, reconhece que o único motivo para a recusa da posse em favor da autora é o fato de não ser portadora certificado de conclusão do Normal Médio, Magistério de 1º Grau ou CEFAM, sem se esclarecer qual seria o impedimento de qualificação profissional por ter ela a licenciatura em Pedagogia.

Veja-se que é incongruente a negativa do Município ao deixar de nomear candidato com nível de escolaridade superior ao exigido no edital, ou seja, teoricamente o candidato tem além de competência, capacidade acima do exigido no certame, podendo trazer com essa qualidade benefícios a toda sociedade que utilizar-se de seus trabalhos profissionais, beneficiando diretamente vários estudantes que residente na Comarca de Paranaíba, MS.

Acerca do objeto deste recurso a Corte Superior de nosso país já se posicionou, *in verbis:*

> *PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO. PETROBRAS. ATO DE CONTRATAÇÃO DE PESSOAL. CABIMENTO DO WRIT. CANDIDATO DETÉM QUALIFICAÇÃO SUPERIOR À EXIGIDA NO EDITAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE PERMANÊNCIA NO CERTAME. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.*
>
> *1. O Tribunal a quo decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, no sentido de que é ilegal a eliminação do candidato que apresentou diploma de formação em nível superior ao exigido no edital, sempre que a área de formação guardar identidade. Incidência da Súmula 83/STJ.*
>
> *2. Há direito líquido e certo de permanência no certame o candidato que detém qualificação superior à exigida no edital do concurso público.* (Precedente: AgRg no Ag 1.402.890/RN, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 9.8.2011, DJe 16.8.2011;REsp 1.071.424/RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20.8.2009, DJe 8.9.2009.).
>
> *Agravo regimental improvido.* (AgRg no REsp 1481467/RN, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06/11/2014, DJe 17/11/2014) (grifei)
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO COM DIPLOMA DE NÍVEL SUPERIOR AO EXIGIDO NO EDITAL. ELIMINAÇÃO ILEGAL.*
>
> *1. O Tribunal de origem enfrentou a lide de forma fundamentada e suficiente acerca das questões suscitadas, não havendo que se falar em ofensa do artigo 535, II, do Código de Processo Civil.*
>
> *2.* ***A jurisprudência do STJ entende que não se mostra razoável impedir o acesso ao serviço público de um candidato detentor de conhecimentos em nível mais elevado do que o exigido para o cargo em que fora devidamente aprovado mediante concurso. (AgRg no REsp 1375017/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ªT, DJe 04/06/2013)***.
>
> *3. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no REsp 891.656/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 05/11/2013, DJe 21/11/2013) (grifei)

Conforme asseverado na decisão agravada, "*a jurisprudência do STJ entende que não se mostra razoável impedir o acesso ao serviço público de um candidato detentor de conhecimentos em nível mais elevado do que o exigido para o cargo em que fora devidamente aprovado mediante concurso"* (AgRg no REsp 1375017/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ªT, DJe 04/06/2013).

Sendo assim, agiu de forma acertada o magistrado singular ao conceder liminar para autora fosse nomeado e empossado no cargo público pretendido por ela, conforme consta na documentação dos autos.

Por todos o exposto, mantenho a sentença proferida em primeiro grau.

Por tais razões.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

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, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 21 de fevereiro de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0802789-76.2012.8.12.0011 - Coxim
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – INTERDITO PROIBITÓRIO – ÔNUS DA PROVA – ART. 373, II, NCPC/2015 – SERVIDÃO COMPROVADA – POÇO ARTESIANO – CÓDIGO DE ÁGUAS – ARTS. 34 E 35 – PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DAS VERBAS SUCUMBENCIAIS – NÃO CONHECIDO – AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL – SUSPENSÃO CONCEDIDA NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – PEDIDO DE MAJORAÇÃO DO VALOR DOS HONORÁRIOS – IMPOSSIBILIDADE – VALOR JUSTO E RAZOÁVEL – SUCUMBÊNCIA MANTIDA – HONORÁRIOS RECURSAIS MAJORADOS – ART. 85, §8º, NCPC/2015 – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nesta extensão, negar provimento, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2017.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Job Henrique de Paula interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara de Coxim, nos autos da ação de interdito proibitório com pedido liminar ajuizada por Daniel Dias Coelho, Adão Pereira dos Reis, Claudio Henrique Bianco Santana, Denilda Maria de Jesus Silva, Eva Divina Soares da Silva, Gervasio Mackert, Gilberto Portela Lima, José Norberto Milanese, Miriam Mantovani e Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Coxim/MS – SINSMC.

Em breve síntese, alegaram os autores ao propor a ação, que adquiriram lotes urbanos, trinta anos atrás, em um loteamento denominado Barra do Riozinho, onde eram previstas a existência de ruas e duas áreas verdes, sendo que, em uma dessas áreas, existia um poço artesiano, única fonte de água potável, comunitário, que fornecia água para todas as propriedades. Que após a divisão, o recorrente adquiriu os alqueires remanescentes, com a área em que se localizava o poço e notificou os autores/apelados sobre a suspensão do fornecimento de água, a partir de 18/12/2012. Diante disso, os ora recorridos propuseram a presente ação, para impedir a suspensão do uso, obtendo sentença favorável para determinar a manutenção dos autores Daniel Dias Coelho, Adão Pereira dos Reis, Denilda Maria de Jesus Silva, Eva Divina Soares da Silva, Gilberto Portela Lima e Cláudio Henrique Bianco Santana, na posse da servidão de água e para que o ora apelante se abstenha de suspender o abastecimento de água aos mesmos.

Em suas razões, o recorrente contrapõe-se ao pedido do apelado Adão Reis, afirmando que este possui poço artesiano particular, não sendo possível a averiguação de seu funcionamento pelo oficial de justiça, por não ter ninguém na residência para atendê-lo, com isso, o magistrado entendeu que era ônus do ora recorrente, demonstrar que ele possuía outro meio de uso de água, sendo que o mesmo fundamento foi utilizado para outros autores, tendo resultado diverso. Assim, pede a reforma da sentença neste ponto.

Quanto aos demais apelados, requer seja reformada a sentença vez que o fato de ter permitido o uso de seu poço artesiano por um considerável lapso temporal, não é suficiente para descaracterizar o ato de mera tolerância, podendo cada um, construir o seu poço artesiano, sendo que os demais assim fizeram e utilizam sem qualquer problema, restando demonstrado, que os recorridos vitoriosos na ação, apenas querem evitar gastos. Ao final, pede o conhecimento e provimento do recurso, bem como seja isento do pagamento de custas e honorários ou, ao menos, que seja reduzida a sua responsabilidade, pleiteando, ainda, a majoração dos honorários advocatícios, nos termos do art. 85, §11º, do CPC.

Sem contrarrazões.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

Conforme relatado, Job Henrique de Paula interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara de Coxim, nos autos da ação de interdito proibitório com pedido liminar ajuizada por Daniel Dias Coelho, Adão Pereira dos Reis, Claudio Henrique Bianco Santana, Denilda Maria de Jesus Silva, Eva Divina Soares da Silva, Gervasio Mackert, Gilberto Portela Lima, José Norberto Milanese, Miriam Mantovani e Sindicato dos Servidores Públicos Municipais de Coxim/MS – SINSMC.

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 do preparo recursal, por tratar-se de beneficiário da justiça gratuita (fls. 143).

O manejo do apelo para a hipótese encontra fundamento no disposto no artigo 1.009 do NCPC/2015.

Passo à análise das razões recursais.

Do recurso de apelação

Em suas razões, o recorrente contrapõe-se ao pedido do apelado Adão Reis, afirmando que este possui poço artesiano particular, não sendo possível a averiguação de seu funcionamento pelo oficial de justiça, por não ter ninguém na residência para atendê-lo, com isso, a magistrada entendeu que era ônus do ora recorrente, demonstrar que ele possuía outro meio de uso de água, sendo que o mesmo fundamento foi utilizado para outros autores, tendo resultado diverso.

Quanto aos demais apelados, requer seja reformada a sentença vez que o fato de ter permitido o uso de seu poço artesiano por um considerável lapso temporal, não é suficiente para descaracterizar o ato de mera tolerância, podendo cada um, construir o seu poço artesiano, sendo que os demais assim fizeram e utilizam sem qualquer problema, restando demonstrado, que os recorridos vitoriosos na ação, apenas querem evitar gastos.

Inicialmente, vejamos os ensinamentos de Humberto Theodoro Júnior:

> *O art. 373, fiel ao princípio dispositivo, reparte o ônus da prova entre os litigantes da seguinte maneira:*
>
> *(a) ao autor incumbe o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito e,*
>
> *(b) ao réu, o de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*
>
> *Cada parte, portanto, tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do litígio. Quando o réu contesta apenas negando o fato em que se baseia a pretensão do autor, todo o ônus probatório recai sobre este. Mesmo sem nenhuma iniciativa de prova, o réu ganhará a causa, se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo do seu pretenso direito. 'Actore non probante absolvitur reus'.*
>
> *Quando, todavia, o réu se defende por meio de defesa indireta, invocando fato capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas daquele outro fato invocado pelo autor, a regra inverte-se. É que, ao se basear em fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, o réu implicitamente admite como verídico o fato básico da petição inicial, ou seja, aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as consequências do evento a que alude a contestação.*
>
> *O fato constitutivo do direito do autor, em tal circunstância, torna-se incontroverso, dispensando, por isso mesmo, a respectiva prova (art. 374, III). A controvérsia deslocou-se para o fato trazido pela do réu. A estem pois, tocará o ônus de prová-lo. [...]* (Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I / Humberto Theodoro Júnior. 57. Ed. Rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016)

Colhe-se da sentença, que a magistrada destacou o fato incontroverso de que os autores utilizam a água proveniente do poço artesiano localizado na Área Verde "A" (doc. fls. 25) e que, apesar do Oficial de Justiça ter constatado que na propriedade do recorrido Adão Reis, há um poço, do tipo "diamante", o ora apelante não conseguiu provar que o mesmo funciona.

Dispõe o art. 373, do NCPC/2015:

> *Art. 373. O ônus da prova incumbe:*
>
> *[...]*
>
> *II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*

Seguindo a linha de raciocínio, vê-se que a magistrada não utilizou *"do mesmo fundamento, com resultado diverso"* dos demais autores, no caso específico, é fácil constatar que o direito dos autores restou demonstrado no decorrer da instrução processual.

A exclusão de alguns deles, por restar comprovado que possuem poços próprios, se justifica uma vez que não houve prova da servidão, estando a decisão embasada no Código de Águas, artigos 34 e 35:

> *Art. 34. É assegurado o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de águas, para as primeiras necessidades da vida, se houver caminho público que a torne acessível.*

> *Art. 35. Se não houver este caminho, os proprietários marginais não podem impedir que os seus vizinhos se aproveitem das mesmas para aquele fim, contanto que sejam indenizados do prejuízo que sofrerem com o trânsito pelos seus prédios.*
>
> *Jurisprudência Correlata*
>
> *§ 1º Essa servidão só se dará, verificando-se que os ditos vizinhos não podem haver água de outra parte, sem grande incômodo ou dificuldade.*
>
> *§ 2º O direito do uso das águas, a que este artigo se refere, não prescreve, mas cessa logo que as pessoas a quem ele é concedido possam haver, sem grande dificuldade ou incômodo, a água de que carecem.*

Neste sentido, não há que se falar também, em mera tolerância do ora apelante, as testemunhas afirmam que a utilização do poço artesiano sempre foi da forma ora questionada, demonstrando ser a única alternativa desde o início, para obtenção de água nas demais propriedades.

Colhe-se das provas colacionadas aos autos, que alguns recorridos não conseguiram construir seus próprios poços artesianos e ainda, que o poço objeto dos autos, encontra-se em uma área verde, desta forma, caberia ao recorrente, desconstituir tais provas, o que não ocorreu.

Das razões trazidas no recurso, não há qualquer fato que se sobressaia àqueles analisados em Primeira Instância, não sendo suficientes para alterar o entendimento externado na sentença ora combatida.

Das custas e honorários processuais

Pede ainda o recorrente que seja isento do pagamento de custas e honorários ou, ao menos, que seja reduzida a sua responsabilidade.

Neste ponto, carece de interesse o apelante, uma vez que, ao julgar os embargos de declaração, às fls. 302-304/TJMS, a magistrada assim decidiu:

> *[...] Diante do exposto, acolho os embargos de declaração de fls. 294/298, apenas para o fim de sanar a omissão relacionada ao motivo do acolhimento do pedido do embargado Adão Pereira dos Reis, incorporando ao texto da sentença lançada às fls. 285/291 a fundamentação acima, assim como para determinar a suspensão da exigibilidade das custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais em razão gratuidade processual deferida ao embargante Job Henrique de Paula* (fl. 143).
>
> *No mais, segue a sentença como lançada.*
>
> *Intimem-se as partes desta decisão.*

Portanto, vê-se que o pedido do recorrente, quanto à isenção do pagamento das custas e honorários advocatícios já foi atendido, restando suspensa a exigibilidade do pagamento.

Deixo, portanto, de conhecer desta parte do recurso.

Da majoração dos honorários

Ao final, o apelante ainda pleiteia a majoração dos honorários advocatícios, nos termos do art. 85, §11º, do CPC.

Constata-se da sentença, que quanto ao pedido formulado pelos requerentes Gervásio Mackert, Miriam Mantovani, Sindicato dos Funcionários e Servidores Municipais de Coxim SINSMC e José Norberto

Milanese em desfavor do ora apelante Job Henrique de Paula, foi julgado improcedente, condenando os citados requerentes/apelados ao pagamento de honorários advocatícios fixados, por equidade, em R$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do art. 85, § 8º, do NCPC, observada a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Com efeito, os honorários advocatícios são devidos por força do Princípio da Sucumbência, segundo o qual o processo não pode gerar qualquer ônus para a parte que tem razão, impondo ao vencido o dever de pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.

A respeito da fixação dos honorários, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery elucidam que:

> *30. Critérios para a fixação dos honorários. São objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocisão da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não resida, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado. O magistrado deve fundamentar sua decisão, dando as razões pelas quais está adotando aquele percentual na fixação da verba honorária.* (*in* Código de Processo Civil Comentado, 16ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 475).

Entende-se como vencido aquele que deixou de alcançar com o processo aquilo que pretendia. Essa condenação funciona como uma punição àquele que resistiu ao reconhecimento da pretensão alheia, resistência essa tida como injusta quando o litígio é julgado em desfavor da parte resistente.

Logo, em análise ao caso concreto, entendo que os requisitos do art. 85, § 2º, do NCPC/2015, foram devidamente atendidos, sendo que o valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), atende por completo, a remuneração devida ao patrono do ora apelante, sendo justa e razoável.

Dos honorários recursais

A fixação de honorários sucumbenciais na fase recursal, é uma das novidades instituídas pelo novo Código de Processo Civil, que, expressamente, dispõe:

> *Art. 85. A sentença condenara o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. (...)*
>
> *§11 O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.*
>
> *A disposição legal acima transcrita está em consonância com o art. 85, § 1º do mesmo diploma, que estabelece:*
>
> *§ 1º são devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente.*

Ao comentar referido instituto, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, ensinam que no atual sistema processual, deve ocorrer o arbitramento de nova verba honorária, que não se confunde

com aquela da primeira instância, a qual é devida em razão do trabalho adicional do advogado na instância recursal, *verbis*:

> *§11:43. Fixação de nova verba honorária na fase recursal. A alteração dos honorários em segunda instância já era admitida pelo sistema do CPC/1973. Se o tribunal confirmasse a sentença de primeira instância, mantinha-se também a condenação no custo do processo, podendo ser alterado o valor, a pedido; se era dado provimento à apelação, os encargos da sucumbência eram invertidos; se a sentença era anulada para que o juiz proferisse outra, não haveria condenação em custas nesse momento; e era admitida a correção quando houvesse erro referente à atribuição dos encargos, sua dispensa etc. (...) Mas no sistema do CPC pode haver a imposição de nova verba honorária, que não se confunde com aquela da primeira instância que é devida em razão do trabalho adicional do advogado na instância superior. (v. CPC 85§1º).* (in Código de Processo Civil Comentado, 16ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 478/479).

Ainda sobre a matéria, pertinente outra lição doutrinária:

> *(...) o NCPC invoca ao prever a fixação de honorários advocatícios na fase recursal. O dispositivo estabelece que o tribunal, ao julgar o recurso, fixará nova verba honorária advocatícia, atento aos parâmetros dos §§2º e 6º, e o limite total para a fase de conhecimento. Esse dispositivo busca atingir duas finalidades. A primeira delas consiste na tentativa de impedir recursos infundados e protelatórios, pois a parte que desta forma agir sofrerá imposições pecuniárias adicionais. De outro lado, quer-se que haja a remuneração gradativa do trabalho do advogado. A regra, portanto, apresenta dúplice caráter, tanto punitivo, quanto remuneratório.* (WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo/coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pág. 168).

Vê-se, portanto, que ao estabelecer a majoração da verba honorária em sede recursal, o legislador buscou, 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.

Feitos os esclarecimentos supra, necessários ao bom encaminhamento da presente decisão, passo à fixação dos honorários recursais, eis que o presente recurso está sendo analisado sob a égide da Lei nº 13.105/2015 (novo CPC), conforme já mencionado anteriormente.

Pois bem.

A majoração dos honorários em grau recursal deverá ser feita atendendo-se os incisos I a IV, do §2º, do artigo 85, do NCPC/2015, já anteriormente transcritos.

No caso dos autos, analisando o trabalho desenvolvido pelo patrono do apelante em grau recursal, especialmente considerando o desprovimento do recurso, bem como considerando as diretrizes estabelecidas nos incisos acima referidos, tenho que a verba honorária em favor do patrono da apelante deve ser majorada em R$ 500,00 (quinhentos reais), com base no art. 85, §8º, do NCPC/2015, elevando-se para o total de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais), a serem pagos ao patrono dos apelados.

Conclusão

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso e, na parte conhecida, nego-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença ora combatida. Mantida a sucumbência na forma fixada na sentença. Honorários recursais majorados com base no art. 85, §8º, do NCPC/2015, em R$ 500,00 (quinhentos reais), totalizando R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) a serem pagos ao patrono dos apelados.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, conheceram em parte do recurso e, nesta extensão, negaram-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

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

Campo Grande, 31 de janeiro de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0801672-74.2014.8.12.0045 - Sidrolândia
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DISPONIBILIDADE DE CAIXA DO MUNICÍPIO EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NÃO OFICIAIS – IMPOSSIBILIDADE – AFRONTA AO ARTIGO 164, § 3° DA CF/88 – EXCEÇÃO À REGRA QUE APENAS PODE SER DEFINIDA POR MEIO DA EDIÇÃO DE LEI FEDERAL, DE CARÁTER NACIONAL – INCONSTITUCIONALIDADE DE LEGISLAÇÃO MUNICIPAL – ARTIGO. 97 DA CF E SÚMULA VINCULANTE N° 10 DO STF – REMESSA DOS AUTOS AO ÓRGÃO ESPECIAL – CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO

Remessa dos autos ao E. Órgão Especial. em virtude de arguição de inconstitucionalidade *incidenter tantum* da Lei Municipal nº 1.106/2002.

Suspensão do julgamento, na forma do artigo 942 do Código de Processo Civil.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, acatar o incidente de inconstitucionalidade suscitada pelo Relator e determinar a remessa ao Órgão Especial para julgamento.

Campo Grande, 7 de fevereiro de 2017.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

O Ministério Público Estadual interpôs recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara da cidade de Sidrolândia que, nos autos da ação civil pública ajuizada em desfavor do Município de Sidrolândia e outros, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Esclarece, primeiramente, que embora reconheça que o depósito de salários de funcionários municipais em instituição financeira não constitui ofensa ao artigo 164, §3° da CF, e ainda que houve o encerramento da conta bancária na Cooperativa de Crédito SICRED, o município apelado ainda mantém conta corrente junto ao HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo e a Lei n° 1.106/2002 ainda continua em vigor, situações que ensejam a interposição do presente recurso.

Alega que, de acordo com o artigo 56 da Lei n° 4.320/64, ao instituir o princípio da unidade da tesouraria, impôs o dever de todas as receitas serem recolhidas à Conta Única do ente estatal, a qual, segundo a doutrina, se dá o nome de "disponibilidade de caixa". Afirma também que a norma prevista no artigo 164, §3° da CF, malgrado de eficácia contida, possui eficácia imediata, integral e plena até a edição de lei que a integre.

Assim, ante a inexistência de lei federal, de caráter nacional, que regulamente ocasiões de afastamento da aplicação da norma constitucional em questão, deve o município efetuar o depósito de suas disponibilidades de caixa em instituição financeira oficial. Cita o artigo 43 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Postula, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de que seja o município compelido a não abrir e/ou movimentar conta corrente de depósito à vista e a prazo, bem como a não firmar convênios para arrecadação de tributos municipais no HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo

Contrarrazões apresentadas às fls. 591/610 e às fls. 614/621.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

O Ministério Público Estadual interpôs recurso de apelação contra sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara da cidade de Sidrolândia que, nos autos da ação civil pública ajuizada em desfavor do Município de Sidrolândia e outros, julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Depreende-se das razões recursais expostas no presente apelo que almeja o recorrente a obtenção de ordem judicial que obste o município recorrido de abrir e/ou movimentar conta corrente de depósito à vista e a prazo, bem como a não firmar convênios para arrecadação de tributos municipais junto ao HSBC Bank Brasil S/A – Banco Múltiplo, sob o fundamento de que a Lei Municipal n° 1.106/2002, a qual autoriza tal atitude, é inconstitucional, eis que de encontro com o que preceitua o artigo 164, §3° da Constituição Federal.

Extrai-se, portanto, que o apelante almeja a realização do controle de constitucionalidade da Lei Municipal por meio difuso, eis que questão prejudicial indispensável para resolução da controvérsia principal, consistente em uma determinação de obrigação de não fazer em desfavor dos apelados, razão pela qual nenhum óbice existe à manobra processual eleita. Inclusive, referida questão já restou decidida por Esta Egrégia 5ª Câmara Cível nos presentes autos, quando do julgamento do recurso de apelação n° 0801672.74.2014.8.12.0045.

Dito isto, passo ao exame efetivo do apelo.

Dispõe a Lei Municipal n° 1.106, de 17 de setembro de 2002 que:

> *Art. 1° - **Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a abrir e movimentar conta corrente de depósito à vista e a prazo** na Cooperativa de Crédito Rural de Sidrolândia Ltda (SICRED), localizada na Rua Sergipe n° 69, no Município de Sidrolândia-MS- CNPJ n° 26.408.187/0001-50 - Agência 0902-4 Conta Corrente 90.902-5 e Conta Corrente 06018-6 aberta em 15/02/2002 e **HSBC BANK BRASIL S/A BANCO S/A BANCO MULTIPLO, Agência 0857, Conta Corrente 1545-32, CNPJ 01,701.201/0587-45, localizada na Rua São paulo- 714 no Município de Sidrolândia-MS, bem como a firmar convênios para arrecadação de tributos municipais** e pagamentos de pessoal.*
>
> *Parágrafo único - Os recursos orçamentários pertencentes à Câmara de Vereadores poderão ser depositados em seu nome, em conta especial, para movimentação na forma de seu regimento. (G.N)*

O artigo 164, § 3° da CF/88, por sua vez, estabelece que:

> *Art. 164. A competência da União para emitir moeda será exercida exclusivamente pelo banco central.*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º* ***As disponibilidades de caixa*** *da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal,* ***dos Municípios*** *e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas,* ***em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei****.* (G.N.)

Após minuciosa análise de todo o conjunto probatório, verifico que, de fato, a lei municipal retrocitada incorre tanto em inconstitucionalidade material como formal.

No que diz respeito aos vícios de inconstitucionalidade, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *in* Curso de direito constitucional. 4ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, nos esclarecem que:

> *Os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei.*
>
> *Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final*
>
> *(...)*
>
> *Os vícios materiais dizem respeito ao própio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição.*
>
> *A inconstitucionalidade material envolve, porém, não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo.*

In casu, observa-se que a Lei Municipal n° 1.106/02, ao autorizar a abertura e a movimentação de conta corrente de depósito à vista e a prazo, bem como a firmar convênios para arrecadação de tributos municipal no Hsbc Bank Brasil S/A Banco S/A Banco Múltiplo, afrontou expressamente texto constitucional, o qual apenas admite a disponibilidade de caixa em instituições financeiras oficiais.

Realça-se que malgrado o Legislador tenha previsto a possibilidade de existência de exceções à regra, estas somente podem ser definidas por meio da edição de Lei Federal, de caráter Nacional.

Assim, o sancionamento da Lei n° 1.106/02, no sentido de permitir a disponibilidade de caixa do Poder Público Municipal em entidades privadas integrantes do Sistema Financeiro Nacional, carateriza afronta à competência legislativa reservada à União Federal, situação que compromete a validade e a eficácia no mundo jurídico da legislação retrocitada.

Tanto assim o é que referido assunto foi tratado diretamente na Lei Complementar n° 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal, no artigo 43. Vejamos:

> *Art. 43. As disponibilidades de caixa dos entes da Federação serão depositadas conforme estabelece o § 3° do art. 164 da Constituição.*

Nesse sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal em casos análogos:

> *EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ESTADUAL QUE AUTORIZA A INCLUSÃO, NO EDITAL DE VENDA DO BANCO DO ESTADO DO MARANHÃO S/A, DA OFERTA DO DEPÓSITO DAS DISPONIBILIDADES DE CAIXA DO TESOURO ESTADUAL - IMPOSSIBILIDADE - CONTRARIEDADE AO ART. 164, § 3º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA NORMATIVA DO ESTADO-MEMBRO - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - EXISTÊNCIA DE PRECEDENTE ESPECÍFICO FIRMADO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR, COM EFICÁCIA EX TUNC. AS DISPONIBILIDADES DE CAIXA DOS ESTADOS-MEMBROS SERÃO DEPOSITADAS EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS OFICIAIS, RESSALVADAS AS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI NACIONAL. - As disponibilidades de caixa dos Estados-membros, dos órgãos ou entidades que os integram e das empresas por eles controladas deverão ser depositadas em instituições financeiras oficiais, cabendo, unicamente, à União Federal, mediante lei de caráter nacional, definir as exceções autorizadas pelo art. 164, § 3º da Constituição da República. - O Estado-membro não possui competência normativa, para, mediante ato legislativo próprio, estabelecer ressalvas à incidência da cláusula geral que lhe impõe a compulsória utilização de instituições financeiras oficiais, para os fins referidos no art. 164,§* ***3º da Carta Política.*** *O desrespeito, pelo Estado-membro, dessa reserva de competência legislativa, instituída em favor da União Federal, faz instaurar situação de inconstitucionalidade formal, que compromete a validade e a eficácia jurídicas da lei local, que, desviando-se do modelo normativo inscrito no art. 164, § 3º da Lei Fundamental, vem a permitir que as disponibilidades de caixa do Poder Público estadual sejam depositadas em entidades privadas integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Precedente: ADI 2.600-ES, Rel. Min. ELLEN GRACIE. O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA - ENQUANTO VALOR CONSTITUCIONAL REVESTIDO DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO - CONDICIONA A LEGITIMIDADE E A VALIDADE DOS ATOS ESTATAIS. - A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. A ratio subjacente à cláusula de depósito compulsório, em instituições financeiras oficiais, das disponibilidades de caixa do Poder Público em geral (CF, art. 164, § 3º) reflete, na concreção do seu alcance, uma exigência fundada no valor essencial da moralidade administrativa, que representa verdadeiro pressuposto de legitimação constitucional dos atos emanados do Estado. Precedente: ADI 2.600-ES, Rel. Min. ELLEN GRACIE. As exceções à regra geral constante do art. 164, § 3º da Carta Política - apenas definíveis pela União Federal - hão de respeitar, igualmente, esse postulado básico, em ordem a impedir que eventuais desvios ético-jurídicos possam instituir situação de inaceitável privilégio, das quais resulte indevido favorecimento, destituído de causa legítima, outorgado a determinadas instituições financeiras de caráter privado. Precedente: ADI 2.600-ES, Rel. Min. ELLEN GRACIE. A EFICÁCIA EX TUNC DA MEDIDA CAUTELAR NÃO SE PRESUME, POIS DEPENDE DE EXPRESSA DETERMINAÇÃO CONSTANTE DA DECISÃO QUE A DEFERE, EM SEDE DE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. - A medida cautelar, em ação direta de inconstitucionalidade, reveste-se, ordinariamente, de eficácia ex*

> *nunc, operando, portanto, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere (RTJ 124/80). Excepcionalmente, no entanto, e para que não se frustrem os seus objetivos, a medida cautelar poderá projetar-se com eficácia ex tunc, em caráter retroativo, com repercussão sobre situações pretéritas (RTJ 138/86). Para que se outorgue eficácia ex tunc ao provimento cautelar, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, impõe-se que o Supremo Tribunal Federal assim o determine, expressamente, na decisão que conceder essa medida extraordinária (RTJ 164/506-509, 508, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Situação excepcional que se verifica no caso ora em exame, apta a justificar a outorga de provimento cautelar com eficácia ex tunc.* (STF; ADI 2661 MC/MA – Maranhão; Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade; Rel. Min. Celso de Mello; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJ 23-08-2002)
>
> *EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar. Artigo 3º da Emenda Constitucional nº 37, do Estado do Espírito Santo. Nova redação conferida ao art. 148 da Constituição Estadual, determinando que as disponibilidades de caixa do Estado, bem como as dos órgãos ou entidades do Poder Público Estadual e das empresas por ele controladas, sejam depositadas na instituição financeira que vier a possuir a maioria do capital social do BANESTES, decorrente de sua privatização, na forma definida em lei. Aparente ofensa ao disposto no art. 164, § 3º da Constituição, segundo o qual as disponibilidades financeiras de Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como as dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, devem ser depositadas em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei. Tal lei exceptiva há que ser a lei ordinária federal, de caráter nacional. Existência, na Lei Complementar federal nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), de previsão segundo a qual as disponibilidades de caixa dos entes da Federação serão depositadas conforme estabelece o § 3º do art. 164 da Constituição (art. 43, caput). Ofensa, ademais, ao princípio da moralidade previsto no artigo 37, caput da Carta Política. Medida cautelar deferida.* (STF; ADI 2600 MC/ES – Espírito Santo; Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade; Rel. Min. Ellen Grace; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJ 25-10-2002)

Importante destacar que, segundo o artigo 30, II da CF/88, compete aos Municípios suplementar a legislação federal e estadual no que couber. Nessa seara, fica visível a inconstitucionalidade do artigo 1º da norma municipal, uma vez que, na hipótese, não há o que se falar em complemento à legislação federal, na medida em que não houve o preenchimento de vazios ou lacunas deixados por esta, mas sim a autorização de prática de atividade contrária naquela disposta.

Assim, por tudo que foi exposto, voto pela inconstitucionalidade material e formal orgânica do artigo 1º da Lei do Município de Sidrolândia nº 1.106/02.

Dessa forma, por se tratar de demanda em que foi suscitada a inconstitucionalidade de ato normativo municipal, impõe-se o sobrestamento do feito para que, em atenção à reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição Federal e ao contido no Enunciado de n.º 10 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, seja a questão apreciada pelo Órgão Especial.

Conclusão

Diante do exposto, nos termos dos artigos 506 do RITJMS e dos artigos 948 e 949, ambos do CPC/2015 suscito o incidente de inconstitucionalidade e determino a remessa dos autos ao Órgão Especial, a fim de que seja analisada a constitucionalidade da Lei 1.106/02 do Município de Sidrolândia, com a suspensão do trâmite do presente feito até o seu julgamento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acataram o incidente de inconstitucionalidade suscitada pelo relator e determinaram a remessa ao órgão especial para julgamento.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

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

Campo Grande, 07 de fevereiro de 2017.

***

Órgão Especial
Direta de Inconstitucionalidade nº 1405518-20.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA MUNICIPAL – CONVOCAÇÃO DO PREFEITO PARA PRESTAR ESCLARECIMENTOS PESSOALMENTE PERANTE A CASA DE LEIS – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – AUSÊNCIA DE SIMETRIA CONSTITUCIONAL – PREVISÃO QUE NÃO GUARDA RELAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL OU FEDERAL – PEDIDO PROCEDENTE.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2017.

Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

O Prefeito Municipal de Amambaí – MS ajuizou a presente ação direta de inconstitucionalidade com pedido liminar, em desfavor da Câmara Municipal de sua cidade, argumentando que o Regimento Interno da referida Casa de Leis prevê em seu artigo 209 e §§ a convocação do Prefeito Municipal e seus Secretários para prestar informações perante o Plenário da Câmara para esclarecimentos pessoais, de forma que o não cumprimento do chamado importará em denúncia para efeitos de cassação do mandato eletivo.

Aduz o requerente que a norma supracitada afronta ao princípio da separação dos poderes, colocando o chefe do executivo municipal em situação de subordinação ao Poder Legislativo; que não há na Constituição Federal, na legislação estadual ou na Lei Orgânica do Município qualquer previsão que autorize a convocação do Chefe do Executivo a prestar esclarecimentos pessoalmente em qualquer casa legislativa e, por isso o Regimento Interno da Câmara Municipal de Amambaí extrapola os limites da constitucionalidade.

Segue afirmando que a jurisprudência pátria é firme no que diz respeito a inconstitucionalidade de diplomas normativos municipais que se prestam a autorizar a convocação do Chefe do Executivo pela Câmara Municipal a prestar esclarecimentos sobre determinados assuntos. Assim, pede seja concedida liminar fundamentando como risco iminente o recebimento do ofício n° 50/2016, pelo qual foi convocado para comparecer na Câmara Municipal para esclarecimentos no prazo de 30 dias.

Em julgamento realizado em 29/06/2016 o Órgão Especial deste Tribunal, por unanimidade, entendeu por bem conceder a liminar pleiteada para suspender a eficácia do artigo 209 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Amambaí.

Foram prestadas informações às fls. 194/203.

Parecer da PGJ às fls. 213/219, opinando pela procedência do pedido inicial.

VOTO

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (Relator)

O Prefeito Municipal de Amambaí – MS ajuizou a presente ação direta de inconstitucionalidade com pedido liminar, em desfavor da Câmara Municipal de sua cidade, argumentando que o Regimento Interno da referida Casa de Leis prevê em seu artigo 209 e §§ a convocação do Prefeito Municipal e seus Secretários para prestar informações perante o Plenário da Câmara para esclarecimentos pessoais, de forma que o não cumprimento do chamado importará em denúncia para efeitos de cassação do mandato eletivo.

Conforme já destaquei quando da análise do pedido liminar, o ajuizamento da ação direita de inconstitucionalidade tem previsão no artigo 102 da Constituição Federal, bem como nos artigos 123 e 124 da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Vejamos o que consta dos referidos dispositivos.

> *Constituição Federal:*
>
> *Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*
>
> *I - processar e julgar, originariamente:*
>
> *a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)*
>
> *Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul:*
>
> *Art. 123. São partes legítimas para propor ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, contestado em face desta Constituição:*
>
> *(...)*
>
> *II - prefeito e a Mesa da respectiva Câmara Municipal, se se tratar de lei ou ato normativo municipal;*
>
> *(...)*
>
> *Art. 124. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros poderá o Tribunal de Justiça declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal, incidentalmente ou como objeto de ação direta.*

Ainda, não menos importante, o Regimento Interno deste Tribunal, em seu artigo 127, I, "j" prevê que compete ao Órgão Especial, por delegação do Tribunal Pleno, processar e julgar originariamente as representações de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público Estadual ou Municipal.

Pois bem, no pedido inicial o requerente afirma que a norma atacada na presente demanda afronta ao princípio da separação dos poderes, colocando o chefe do executivo municipal em situação de subordinação ao Poder Legislativo; que não há na Constituição Federal, na legislação estadual ou na Lei Orgânica do Município qualquer previsão que autorize a convocação do Chefe do Executivo a prestar esclarecimentos pessoalmente em qualquer casa legislativa e, por isso o Regimento Interno da Câmara Municipal de Amambaí extrapola os limites da constitucionalidade.

Recebida a ação, a liminar foi concedida por este colegiado por unanimidade.

Ao prestar informações o Presidente da Câmara Municipal de Amambaí/MS afirmou que não há que se falar em inconstitucionalidade, sendo obrigação do Poder Legislativo fiscalizar e controlar diretamente os atos do Poder Executivo, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da separação de poderes. Assim, pede a cassação da liminar e o total indeferimento do mérito.

Pois bem, dispõe o artigo 209 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Amambaí, objeto da presente demanda:

> *Art. 209. A Câmara poderá convocar o Prefeito, os Secretários Municipais ou titulares de cargos assemelhados, para prestar informações perante o Plenário, sobre assuntos relacionados com a Administração Municipal, sempre que a medida se faça necessária para assegurar a fiscalização apta do Legislativo sobre o Executivo.*
>
> *§ 1°. A convocação poderá ser feita a quaisquer auxiliares diretos do Prefeito ou incluir este e aqueles.*
>
> *(...)*
>
> *§ 4°. Aprovado o requerimento, a convocação se efetivará mediante ofício assinado pelo Presidente, em nome da Câmara, que solicitará ao Prefeito indicar dia e hora do comparecimento no prazo de 30 (trinta) dias e dar-lhe-á ciência do motivo da convocação.*
>
> *(...)*
>
> *§ 12. Sempre que o Prefeito ou seus auxiliares recusarem-se a comparecer à Câmara, quando devidamente convocados, ou prestar-lhe informações, o autor da preposição deverá produzir denúncia para efeito da cassação do mandato do mesmo, nos termos previstos na Lei Orgânica do Município, uma vez que, esse fato, constitui crime contra a administração pública.*

Nossa Carta Magna prevê em seu art. 25 o poder constituinte derivado decorrente, do qual são dotados os estados-membros que, para se auto-organizarem, devem elaborar suas próprias Constituições, observando e obedecendo as regras e limitações da Constituição Federal.

Já os municípios, por sua vez, embora sejam dotados de autonomia política, administrativa e financeira, com competência para elaborar suas próprias leis, não possuem poder constituinte derivado decorrente, devendo sua legislação observar simetricamente tanto a Constituição Federal, quanto a Estadual.

Feitas tais considerações, ao analisar os autos e o que deles conta, é de se perceber que o supracitado artigo 209 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Amambaí, não encontra consonância com nenhum dos dispositivos das Constituições Federal ou Estadual, estando em aparente afronta ao princípio da

separação de poderes[1] ao expor o Chefe do Executivo a submissão institucional perante o Poder Legislativo municipal.

Nas palavras de José Afonso da Silva[2] "*a harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam o estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados*".

Assim, em relação ao conteúdo da legislação municipal, em observância ao princípio da simetria, o Regimento Interno da Câmara de Vereadores de Amambaí deveria ater-se aos princípios da Constituição Estadual e da Constituição Federal, o que não ocorreu quando da elaboração do artigo 209 da referida norma.

Em caso similar, o Ministro Carlos Madeira, quando do julgamento da ADI 111/BA assim fundamentou:

> *O dispositivo cuja inconstitucionalidade se argui não é da nossa tradição republicana. Em nenhuma das Constituições brasileira, de 1891 a 1967, com a Emenda de 1969, foi prevista a convocação, pelo Congresso, do Presidente da República, para prestar, pessoalmente, informações sobre assunto determinado.*
>
> *(...)*
>
> *A Constituição de 1988 não se afastou desse princípio, apesar da inspiração parlamentarista que a permeia. O Presidente da República não é subordinado ao Poder Legislativo, em ordem a ser por este convocado para prestar esclarecimentos perante as Casas do Congresso.*
>
> *Igual modelo inspira a autonomia dos poderes dos Estados.*

Por fim, no mesmo sentido, o Ministro Celso de Melo concluiu que:

> *(...)*
>
> *Tal prescrição normativa também implica clara transgressão ao princípio da separação de poderes, pois expõe o Chefe do Executivo a um estado de submissão institucional ao Poder Legislativo municipal, sem guardar qualquer correspondência com o modelo positivado na própria Constituição da República.*
>
> *À semelhança do Presidente da República e do Governador do Estado, que não podem ser constrangidos a comparecer perante órgãos parlamentares, também o Prefeito do Município não se submete – em obséquio ao postulado da divisão funcional do poder – ao dever de apresentar-se, compulsoriamente, mediante convocação ao Legislativo, à Câmara de Vereadores. (ADI 687-8/PA)*

Desta feita, por ora, tenho que os fatos e fundamentos apresentados na inicial demonstram que de fato a norma atacada em desconformidade com a Constituição Federal e a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

---

1 Constituição Federal:
Art. 2° São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
Constituição Estadual:
Art. 2° São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

2 **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14 ed. Malheiros: São Paulo, 1997, p.111

Neste mesmo sentido foi o parecer da PGJ:

> *Importante observar, por oportuno, que não há previsão na Constituição Federal, na Constituição Estadual, ou mesmo na Lei Orgânica do Município de Amambai, autorizando a convocação do Chefe do Executivo para prestar, pessoalmente, informações ou esclarecimentos a qualquer das Casas Legislativas, de modo que a inovação legislativa nesse sentido trazida pelo Regimento Interno da Câmara Municipal representa afronta ao Princípio da Simetria.*
>
> *(...)*
>
> *Como se vê, há previsão constitucional para a convocação de Ministro de Estado ou titulares de órgãos diretamente subordinados ao Executivo para prestarem esclarecimentos, mas não há nenhuma previsão para a convocação do Chefe desse Poder.*
>
> *O mesmo acontece no âmbito estadual, uma vez que a nossa Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul admite que a Assembleia Legislativa convoque apenas os Secretários de Estado e dirigentes de entidades da administração direta, nada mencionando acerca da convocação pessoal do Governador, nos seguintes termos:*
>
> *(...)*
>
> *Por seu turno, a Lei Orgânica do Município de Amambai, em seu art. 143, autoriza também apenas a convocação dos Secretários Municipais e Presidentes de Autarquias Municipais pela Câmara.*
>
> *(...)*
>
> *Em sendo assim, verifica-se que a convocação do Chefe do Executivo Municipal pelo Poder Legislativo, tal como previsto pelo dispositivo do Regimento Interno da Câmara Municipal de Amambai, realmente extrapola os limites constitucionalmente estabelecidos, violando claramente o princípio da simetria e da harmonia, independência e separação dos Poderes.*

Desta feita devem ser declaradas inconstitucionais as expressões abaixo destacadas:

> *Art. 209 - A Câmara poderá convocar o Prefeito, os Secretários Municipais ou titulares de cargos assemelhados, para prestar informações perante o Plenário, sobre assuntos relacionados com a Administração Municipal, sempre que a medida se faça necessária para assegurar a fiscalização apta do Legislativo sobre o Executivo.*
>
> *§ 1º - A convocação poderá ser feita a quaisquer auxiliares diretos do Prefeito ou incluir este e aqueles.*
>
> *§ 2º - A convocação deverá ser requerida por escrito, por qualquer Vereador ou Comissão, devendo ser discutida e aprovada pelo Plenário, por voto favorável da maioria absoluta dos membros da Câmara.*
>
> *§ 3º - O requerimento deverá indicar explicitamente, o motivo da convocação e as questões que serão propostas ao convocado.*
>
> *§ 4º - Aprovado o requerimento, a convocação se efetivará mediante ofício assinado pelo Presidente, em nome da Câmara, que solicitará ao Prefeito indicar dia e hora do comparecimento no prazo de 30 (trinta) dias e dar-lhe-á ciência do motivo da convocação.*
>
> *§ 5º - Caso não haja resposta, o Presidente da Câmara mediante entendimento com o Plenário, determinará o dia e a hora para a audiência do convocado, o que se fará em sessão extraordinária da qual serão notificados, com a antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis o Prefeito, ou seu auxiliar direto e os Vereadores.*

> *§ 6º - Aberta a sessão, o Presidente da Câmara exporá ao Prefeito, que se assentará à sua direita, os motivos da convocação e, em seguida, concederá a palavra aos oradores inscritos com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas perante a Secretaria, para as indagações que desejarem formular, assegurada a preferência ao Vereador proponente da convocação ou ao Presidente da Comissão que a solicitou.*
>
> ***§ 7º - O Prefeito poderá incumbir assessores, que o acompanhem na ocasião, de responder às indagações formuladas.***
>
> ***§ 8º - O Prefeito ou assessor, não poderá ser apartado em sua exposição.***
>
> ***§ 9º - Quando nada mais houver a indagar ou a responder, ou quando escoado o tempo regimental, o Presidente encerrará a sessão, agradecendo ao Prefeito, em nome da Câmara, o comparecimento.***
>
> *§ 10 - A Câmara poderá optar pelo pedido de informações ao Prefeito por escrito, caso em que, o ofício do Presidente da Câmara será redigido contendo os requisitos necessários à elucidação dos fatos.*
>
> *§ 11 - O Prefeito deverá responder às formulações, observado o prazo indicado na Lei Orgânica do Município, no prazo de 30 (trinta) dias.*
>
> *§ 12 - Sempre que o Prefeito ou seus auxiliares recusarem-se a comparecer à Câmara, quando devidamente convocados, ou a prestar-lhe informações, o autor da proposição deverá produzir denúncia para efeito da cassação do mandato do mesmo, nos termos previstos na Lei Orgânica do Município, uma vez que, esse fato, constitui crime contra a administração Pública.*

Assim, sem mais delongas, não tenho dúvidas em, concordando com o parecer da PGJ, julgar procedente a presente ação e declarar inconstitucional as expressões: "*o Prefeito*" contida no *caput* do art. 209; "*ou incluir este*" constante do § 1°; "*ao Prefeito, que se assentará à sua direita*", prevista no § 6°; "*o Prefeito*" inserido no § 12, todos estes do artigo 209 e; por fim reconhecer a inconstitucionalidade na íntegra dos §§ 7°, 8° e 9° do mesmo artigo 209 do Regimento Interno da Câmara Municipal de Amambaí/MS.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Dorival Moreira dos Santos, 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. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0806411-02.2013.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL E REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS) – OPERAÇÃO DE PLANO DE SAÚDE – OBRIGAÇÃO DE FAZER QUE INCIDE ISS – INCOMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA EXIGIR O ISS DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS EM OUTROS MUNICÍPIOS – INCIDÊNCIA DO IMPOSTO NO ÂMBITO DO LOCAL DO FATO GERADOR – COOPERATIVA DE MÉDICOS – NÃO INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE OS VALORES REPASSADOS AOS COOPERADOS PRESTADORES DE SERVIÇOS – INCIDÊNCIA DE MULTA SOBRE MULTA – AFASTADA – MULTA COM CARÁTER CONFISCATÓRIO – ART. 48 DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO MUNICIPAL – INCIDÊNCIA DE 50% DO TRIBUTO – AUSÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE E EXORBITÂNCIA – RECURSO DO MUNICÍPIO NÃO CONHECIDO, EM RAZÃO DA INTEMPESTIVIDADE – RECURSO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDO – REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA.

As operadoras de planos privados de assistência à saúde (plano de saúde e seguro-saúde) realizam prestação de serviço sujeita ao imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN), previsto no art. 156, III, da CF, incidindo, apenas, no local em que o serviço foi devidamente realizado e praticado, mesmo contratado em outra localidade.

O ISS não incide sobre os atos praticados pelas cooperativas médicas consistentes no exercício de atividades em prol dos associados que prestam serviços médicos a terceiros (atos cooperados). Por outro lado, os atos não cooperados, vale dizer, aqueles decorrentes de relação jurídica negocial advinda da venda de planos de saúde a terceiros, sujeitam-se à incidência do ISS.

A multa punitiva de que trata o art. 48 do Código Tributário Municipal não se confunde com a multa fiscal moratória decorrente do inadimplemento da obrigação tributária principal. A multa aplicada foi de 50% (cinquenta por cento), não se revelando ilegal ou confiscatória, possuindo base legal (arts. 48 e 145 do código tributário municipal), não ultrapassando o valor do tributo.

Por se tratar de Fazenda Pública, o recurso de apelação cível deve observar o prazo de 30 (trinta) dias úteis previsto no art. 1.003, § 5º, c/c art. 183, CPC, sob pena de não ser conhecido por falta de pressuposto processual extrínseco da tempestividade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, não conhecer do recurso de Município de Três Lagoas, nos termos do voto do Relator. Por unanimidade, conheceram integralmente do apelo de Cooperativa de Trabalho Médico Ltda - Unimed de Três Lagoas, nos termos do voto do 1º Vogal, após o Relator retificar seu voto. No mérito, por unanimidade, deram parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de março de 2017.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Unimed Três Lagoas - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. interpõe recurso de apelação, nos autos da ação anulatória de débito fiscal ajuizada por Unimed Três Lagoas, contra sentença proferida pelo juízo da vara de Fazenda Pública da comarca de Três Lagoas, que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados na inicial para determinar que a base de cálculo do ISS devido pela autora seja seu faturamento efetivo, excluindo os valores repassados aos terceiros credenciados, por configurarem sujeito passivo do mesmo tributo; o juízo singular também declarou extinto o crédito tributário referente ao ISS do mês de dezembro de 2005, diante do reconhecimento da decadência; reconheceu que a base de cálculo do ISS apurado no auto de infração e notificação de lançamento n. 234/2011 se refere somente a serviços prestados nos limites do Município, ora demandado; reconheceu a regularidade dos índices e percentuais aplicados pelo Município de Três Lagoas quanto a alíquota do ISS, correção monetária, multa por inadimplência e juros moratórios, por estarem de acordo com o Código Tributário Municipal; e declarou a sucumbência recíproca, fixando, quanto aos honorários advocatícios, os valores de R$ 2.000 (dois mil reais) ao procurador do município e R$ 5.000,00 (cinco mil reais) ao patrono da autora.

Em suas razões, aduz a autora Unimed Três Lagoas que a sentença reconheceu *"a incidência de ISS na atividade da recorrente pelo simples fato de constar tal previsão no art. 1º, itens 4.03 e 4.22 da lista anexa à Lei Complementar n. 116/2003"*, fundamentando que, *"as obrigações das operadoras de plano de saúde são classificadas como obrigações de dar e não obrigações de fazer – prestação de serviços, portanto, não realizam a materialidade normativamente prevista para a incidência do ISS"* (f. 1056).

Salienta que, não estando tal tese sustentada nos precedentes deste Tribunal de Justiça, requer seja reconhecida *"a incompetência do município recorrido em relação a diversas hipóteses elencadas no auto de infração para incidência do ISSQN"* (f. 1061), uma vez que considerou o município como de sua competência toda e qualquer contratação e prestação de serviço dos planos de saúde da Unimed Três Lagoas, auferindo, como base de cálculo para o imposto, a receita integral da autora, independente do local da prestação do serviço.

Alega que o pedido inicial não limitou a discussão sobre a exclusão dos valores repassados aos credenciados, mas requereu a exclusão da base de cálculo dos valores repassados aos prestadores de serviços incluindo os médicos cooperados da autora. Requereum pois, *"que as despesas da autora com o pagamento dos honorários dos médicos cooperados, em razão de atendimento dos usuários do plano de saúde, também devem ser deduzidos da base de cálculo do ISS, nos exatos termos como determinado em relação aos profissionais credenciados"* (f. 1072).

Quanto a multa aplicada em 50% (cinquenta por cento), fundamenta que trata-se de abusividade, possuindo caráter confiscatório, violando o direito de propriedade da Unimed, pois extrapola o caráter pedagógico inerente às penalidades pecuniárias, uma vez que foram arbitradas, unicamente, por ausência de recolhimento do tributo, afirmando que *"o não recolhimento se deu porque a recorrente não vislumbrava suas atividades como prestações de serviço"* (f. 1074), devendo ser aplicadas no patamar não superior a 10% (dez por cento) sobre o valor do tributo.

No que tange a aplicação de multa sobre a multa, salienta que *"foi indicado no processo administrativo o artigo. 48, inciso I, alínea "a" do Código tributário Municipal, que determina a aplicação de multa de 50% do valor do imposto devido, ou seja, a base de cálculo para a penalidade somente pode ser o imposto sobre serviços"* (f. 1078), não sendo respeitado pela autoridade administrativa, cujo cálculo se deu por base, cumulativamente, a base de cálculo do tributo, atualização monetária, juros e multa moratória.

Prequestiona-se o art. 156, inciso III e 153, inciso V, ambos da CF, bem como a vedação do *bis in idem*.

O Município de Três Lagoas também ingressou com recurso de apelação, no entanto o fez fora do prazo, como constatou o juízo singular à f 1094. Logo, não houve recebimento do recurso do município réu. Intimado dessa decisão, o referido município não a impugnou e sequer ingressou com contrarrazões contra o recurso interposto pela autora. Houve, pois, obediência ao contraditório, em relação ao não recebimento do recurso do Município de Três Lagoas.

Sentença também submetida à remessa necessária.

VOTO (EM 29/11/2016)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Unimed Três Lagoas - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. apela da sentença proferida pelo juízo da vara de Fazenda Pública e registros públicos da comarca de Três Lagoas que, nos autos da ação anulatória de débito fiscal ajuizada contra Município de Três Lagoas, julgou parcialmente procedente os pedidos formulados na inicial para: determinar que a base de cálculo do ISS devido pela autora seja seu faturamento efetivo, excluindo os valores repassados aos terceiros credenciados, por configurarem sujeito passivo do mesmo tributo; declarar extinto o crédito tributário referente ao ISS do mês de dezembro de 2005, diante do reconhecimento da decadência; reconhecer que a base de cálculo do ISS apurado no auto de infração e notificação de lançamento n. 234/2011 se refere somente aos serviços prestados nos limites do Município, ora demandado; reconhecer a regularidade dos índices e percentuais aplicados pelo Município de Três Lagoas quanto à alíquota do ISS, correção monetária, multa por inadimplência e juros moratórios, por estarem de acordo com o Código Tributário Municipal; e declarar a sucumbência recíproca, fixando, quanto aos honorários advocatícios, os valores de R$ 2.000,00 (dois mil reais) ao procurador do município e R$ 5.000,00 (cinco mil reais) ao patrono da autora.

Em suas razões, aduz a autora Unimed Três Lagoas que a sentença reconheceu *"a incidência de ISS na atividade da recorrente pelo simples fato de constar tal previsão no art. 1º, itens 4.03 e 4.22 da lista anexa à Lei Complementar n. 116/2003"*, fundamentando que, *"as obrigações das operadoras de plano de saúde são classificadas como obrigações de dar e não obrigações de fazer – prestação de serviços, portanto, não realizam a materialidade normativamente prevista para a incidência do ISS"* (f. 1056).

Salienta que, não estando tal tese sustentada nos precedentes deste Tribunal de Justiça, requer seja reconhecida *"a incompetência do município recorrido em relação a diversas hipóteses elencadas no auto de infração para incidência do ISSQN"* (f. 1061), uma vez que considerou o município como de sua competência toda e qualquer contratação e prestação de serviço dos planos de saúde da Unimed Três Lagoas, auferindo, como base de cálculo para o imposto, a receita integral da autora, independente do local da prestação do serviço.

Alega que o pedido inicial não limitou a discussão sobre a exclusão dos valores repassados aos credenciados, mas requereu a exclusão da base de cálculo dos valores repassados aos prestadores de serviços incluindo os médicos cooperados da autora. Aduziu, ainda, *"que as despesas da autora com o pagamento dos honorários dos médicos cooperados, em razão de atendimento dos usuários do plano de saúde, também devem ser deduzidos da base de cálculo do ISS, nos exatos termos como determinado em relação aos profissionais credenciados"* (f. 1072).

Quanto à multa aplicada em 50% (cinquenta por cento), fundamenta que trata-se de abusividade, possuindo caráter confiscatório, violando o seu direito de propriedade, pois extrapola o caráter pedagógico

inerente às penalidades pecuniárias, uma vez que foram arbitradas, unicamente, por ausência de recolhimento do tributo, afirmando que *"o não recolhimento se deu porque a recorrente não vislumbrava suas atividades como prestações de serviço"* (f. 1074), devendo ser aplicadas no patamar não superior a 10% (dez por cento) sobre o valor do tributo.

No que tange à aplicação de multa sobre a multa, salienta que *"foi indicado no processo administrativo o artigo. 48, inciso I, alínea "a" do Código tributário Municipal, que determina a aplicação de multa de 50% do valor do imposto devido, ou seja, a base de cálculo para a penalidade somente pode ser o imposto sobre serviços"* (f. 1078), não sendo respeitado pela autoridade administrativa, cujo cálculo teve por base, cumulativamente, a base de cálculo do tributo, atualização monetária, juros e multa moratória.

Prequestiona os arts. 156, III, e 153, V, ambos da CF, bem como a vedação do *bis in idem*.

O Município de Três Lagoas também interpôs recurso de apelação. No entanto o fez fora do prazo, como constatou o juízo singular à f. 1094. Logo, não houve recebimento do recurso do município réu. Intimado dessa decisão, o referido município não a impugnou e sequer ingressou com contrarrazões contra o recurso interposto pela autora. Houve, pois, obediência ao contraditório, em relação ao não recebimento do recurso do Município de Três Lagoas.

Sentença também submetida à remessa necessária.

Passo ao voto.

Da remessa necessária

Frisa-se que a remessa necessária será analisada simultaneamente com o recurso da autora.

Do recurso interposto pelo Município de Três Lagoas

Como acima mencionado, o Município de Três Lagoas ingressou com recurso de apelação, o qual não foi recebido pelo juízo singular, em razão de sua intempestividade. De fato, o termo inicial para sua interposição se deu em 28.06.2016 (certidão de publicação da sentença que analisou os embargos de declaração interposto pela parte autora - f. 1052); por se tratar de Fazenda Pública (art. 183[1] do CPC), contou-se o prazo em dobro para recorrer, logo, tem-se que o termo final foi a data de 10.08.2016.

Por ter sido o recurso protocolizado em 12.08.2016, obviamente que fora do prazo.

Como a matéria é de ordem pública, por envolver interesse fazendário, examinei os respectivos prazos e constatei que de fato o recurso interposto pelo município é intempestivo.

Desta forma, não conheço do recurso do Município de Três Lagoas, porquanto intempestivo.

Do recurso interposto autora e da remessa necessária

As matérias devolvidas a este Tribunal serão analisadas de acordo com a sua ordem de prejudicialidade.

Da alegada ausência de prestação de serviço no que toca à operação de plano de saúde e não incidência de ISS

A autora alega em suas razões que *"as obrigações das operadoras de plano de saúde são classificadas como obrigações de dar e não obrigações de fazer – prestação de serviços, portanto, não realizam a materialidade normativamente prevista para a incidência do ISS"* (f. 1056).

1 "*A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.*"

Não obstante, entendo que as operações de planos privados de assistência à saúde (plano de saúde e seguro-saúde) realizam prestação de serviço sujeita ao imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN), previsto no art. 156, III, da CF.

Com efeito, diante das determinações dos itens 4.22 (*planos de medicina de grupo ou individual e convênios para prestação de assistência médica, hospitalar, odontológica e congêneres*) e 4.23 (*outros planos de saúde que se cumpram através de serviços de terceiros contratados, credenciados, cooperados ou apenas pagos pelo operador do plano mediante indicação do beneficiário*) da lista anexa da Lei complementar n. 116/03, as atividades que incidem o ISS compõe um rol taxativo, estabelecendo quais prestações de serviços incidem o tributo.

Além do mais, quanto a essa matéria já houve o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, ao determinar que são contribuintes do ISSQN aqueles que praticam atividades descritas nos itens 4.22 e 4.23 da lista anexa à lei complementar supramencionada, veja-se:

> *TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - ISS - PLANO DE SAÚDE - ITEM 5 DA LISTA ANEXA À LC 56/87 - INCIDÊNCIA - PRECEDENTES - MANDADO DE SEGURANÇA - LEGITIMIDADE PASSIVA - TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. 1. Por força da Teoria da Encampação, a defesa da legalidade do ato por autoridade originariamente ilegítima para a impetração convalida o defeito, tornando-a parte legítima para a causa, desde que não lhe altere o juízo natural. Precedentes. 2. A atividade de Planos de medicina de grupo ou individual e convênios para prestação de assistência médica, hospitalar, odontológica e congêneres e outros planos de saúde que se cumprem através de serviços de terceiros contratados, credenciados, cooperados ou apenas pagos pelo operador do plano, mediante indicação do beneficiário é fato gerador do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN (item5 da Lista de Serviços Anexa à LC 56/87). 3. A Lei 9.656, de 1998, conceitua as aludidas atividades como prestação de serviço continuado ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumido. 4. É contribuinte do ISSQN incidente sobre as atividades descritas nos itens 4.22 e 4.23 da Lista Anexa à Lei Complementar 116/2003 o operador de plano de saúde, definido no inciso II do art. 1º da Lei 9.656/98. 5. Recurso especial provido.* (STJ - REsp: 1188211 PE 2010/0057885-0, Relator: Ministra Eliana Calmon, Data de Julgamento: 25/05/2010, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 07/06/2010).

No mesmo sentido:

> *ISS. PLANOS DE SAÚDE. INCIDÊNCIA. Operadora de Plano de Saúde Prestação de serviço Operação de mercado Existência ISS Incidência: Incide ISS sobre os atos praticados por Operadoras de Planos de Saúde Privada, por constituir prestação de serviço. RECURSO NÃO PROVIDO.* (TJSP - APL: 9107544552004826 SP 9107544-55.2004.8.26.0000, Relator: Osvaldo Palotti Junior, Data de Julgamento: 22/09/2011, 14ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 29/09/2011).

Logo, correta a sentença ao determinar que *"não se discute que tanto as operadoras de plano de saúde, quanto seus prestadores de serviços, sejam pessoa físicas ou jurídicas, estão sujeitas ao recolhimento do tributo em apreço, posto que tal obrigação é incontroversa diante do previsto no artigo 1º, c.c os itens 4.03 e 4.22, da lista de serviços anexa à Lei Complementar n. 116/2003"* (f. 1026).

Da incompetência do município de Três Lagoas quanto à exigibilidade do ISSQN - Alegação de que houve extrapolação na cobrança do ISS, por não restringi-la ao local do fato gerador (prestação do serviço)

Em suas alegações, a apelante fundamenta que *"nos autos existem provas que comprovam que a recorrente atua em outros municípios, de modo que seu faturamento não é composto, unicamente, por ingressos da cidade de Três Lagoas. Isso significa dizer que o faturamento deve ser segregado, de modo que o ISS cobrado pelo recorrido indica, apenas, sobre os valores decorrentes da atuação nos limites territoriais do município recorrido"* (f. 1062).

Pois bem. Quanto a este tópico, cumpre ressaltar que, entre os requisitos de admissibilidade do recurso, encontra-se o interesse recursal.

Da mesma forma que o interesse de agir, uma das condições de ação, o interesse recursal deve ser analisado sob dois aspectos, quais sejam: a necessidade/utilidade do provimento jurisdicional pleiteado e a adequabilidade do procedimento escolhido. Logo, tem-se que o interesse em recorrer resulta da conjugação de dois fatores – de um lado, é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que a emergente da decisão recorrida; de outro lado, que lhe seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem.

Nesse contexto, dispõe o art. 496 do CPC/2015 que o recurso somente pode ser interposto pela parte vencida. Assim, é vedada a interposição de recurso por aquele que não restou prejudicado com a decisão.

Nesse sentido o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> *(...) 1. Tendo o recorrente alcançado o resultado pretendido com o recurso especial, descabida a análise do agravo regimental que ataca ponto em que foi vencedor, diante da flagrante ausência de interesse recursal. (...)* (STJ - AgRg no REsp 952.478/SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, j. 07.06.2011, DJe 10.06.2011).

> *(...) Tem interesse de recorrer a parte prejudicada pela decisão. O que justifica o recurso é o prejuízo, ou gravame, que a parte sofreu com a sentença. Assim, o prejuízo resulta da sucumbência. Por sucumbente, ou vencido, e, pois, prejudicado, se considera a parte a quem a sentença não atribuiu o efeito prático a que se visava. (Moacyr Amaral Santos, in Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 3º volume, 2ª edição, Ed. Max Limonad, p. 93). (...).* (STJ- Agravo Regimental em Recurso Especial n. 308608/SP, STJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, p. no DJU de 25.02.02).

O juízo singular, ao decidir sobre a limitação da incidência do ISS apenas sobre as prestações de serviços ocorridas no Município de Três Lagoas, julgou procedente a pretensão da autora, como se vê da transcrição a seguir:

> *3) reconhecer que a base de cálculo do ISS apurado no auto de infração e notificação de lançamento n.º 234/2011 se refere somente a serviços prestados nos limites no Município de Três Lagoas.* (f. 1038).

Esta pretensão da autora, portanto, foi acolhida pelo juízo singular. Assim, não vislumbro seu interesse recursal nesta matéria, não conhecendo da parte que pugna pela determinação da incompetência do Município de Três Lagoas para circunscrever-se aos valores apurados somente quanto aos serviços prestados no ente municipal ora apelado, uma vez que tal determinação já foi apreciada pelo juízo de origem, ressalvando que os valores remanescentes serão determinados em sede de liquidação de sentença.

Não incidência do ISSQN sobre o valor repassado aos cooperados prestadores de serviços

Aduz a apelante que *"o pedido da inicial não se limitou a discussão sobre exclusão dos valores repassados aos credenciados, mas requereu a exclusão da base de cálculo dos valores repassados aos prestadores de serviços, que, obviamente, inclui os médicos cooperado da recorrente*" (f. 1072).

Afirma que a sentença não incluiu os pagamentos realizados pela autora aos médicos cooperados como despesas dedutíveis da base de cálculo do ISS, requerendo, por conta disso, que seja determinado que as respectivas despesas em razão do atendimento dos usuários do plano de saúde sejam dedutíveis da base de cálculo do ISS, nos mesmos termos definidos em relação aos profissionais credenciados.

Pois bem. É certo que o ISS não incide sobre os atos praticados pelas cooperativas médicas consistentes no exercício de atividades em prol dos associados que prestam serviços médicos a terceiros (atos cooperados), apenas sobre os não cooperados, vale dizer, aqueles decorrentes de relação jurídica negocial advinda da venda de planos de saúde a terceiros.

A propósito:

> *PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL (ISS. COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS.). 1. O ISS não incide sobre os atos praticados pelas cooperativas médicas consistentes no exercício de atividades em prol dos associados que prestam serviços médicos a terceiros (atos cooperados). Por outro lado, os atos não cooperados, vale dizer, aqueles decorrentes de relação jurídica negocial advinda da venda de planos de saúde a terceiros, sujeitam-se à incidência do ISS. Exegese do artigo 79, da Lei 5.764/71 c/c os artigos 86 e 87, do mesmo diploma legal (Precedentes desta Corte: REsp 727091/RJ, Segunda Turma, publicado no DJ de 17.10.2005; REsp 487854/SP, Segunda Turma, publicado no DJ de 23.08.2004; e REsp 254549/CE, Primeira Turma, publicado no DJ de 18.09.2000). 2. In casu, consoante se infere do voto-condutor do acórdão recorrido, a cooperativa médica em tela não realiza atos negociais tendentes à comercialização de planos de saúde a terceiros, o que implica na intributabilidade dos valores percebidos de pacientes a título de honorários médicos a serem repassados a seus associados. 3. Ademais, quaisquer questões que levem à nova incursão pelos elementos probatórios da causa são inapreciáveis em sede de recurso especial, ex vi da Súmula 7/STJ. 4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para negar provimento ao recurso especial, restabelecendo-se os ônus sucumbenciais arbitrados na instância ordinária.* (STJ - EDcl no REsp: 615555 MG 2003/0231509-8, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 22/05/2007, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 23.08.2007 p. 207).

Logo, não há incidência de ISS sobre os valores repassados aos cooperados prestadores de serviços, reduzindo, obviamente, os valores das multas e dos juros moratórios, uma vez que a incidência do imposto engloba o faturamento efetivo da autora.

Há que se esclarecer que, por cooperadores prestadores de serviços, entende-se os profissionais liberais credenciados à autora. Desta feita, tendo o magistrado *a quo,* na sentença proferida, reconhecido que *"em suma, todas as mensalidades pagas pelos beneficiários do plano de saúde compõe a receita bruta da operadora, sendo o seu faturamento, contudo, obtido somente após o decote dos valores repassados aos terceiros credenciados como remuneração pelos serviços que prestam aos beneficiários do plano"* (f. 1029), não especificando, entretanto, quais seriam esses profissionais (terceiros credenciados), há de ser reformado o *decisum* neste ponto a fim de reconhecer, nessa qualidade (profissionais liberais), tanto os médicos cooperados quanto os médicos credenciados à autora.

Multa sobre multa e aplicação de 50% sobre o valor do tributo – alegação de caráter confiscatório

No que tange ao percentual utilizado pelo município de 50% (cinquenta por cento) a título de multa, diz a autora apelante configurar confisco, ofendendo os princípios da capacidade contributiva, da razoabilidade e da proporcionalidade, requerendo a redução da multa para 10% (dez por cento) do valor do tributo.

Aduz que houve a incidência de multa sobre multa, pois *"ao invés de segregar o valor do tributo corrigido monetariamente para calcular a multa punitiva, alargou indevidamente a base de cálculo desta, porque agregou a multa moratória e os juros*" (f. 1078), ocorrendo, como sustenta, que *"quando a autoridade administrativa fez incidir multa sobre multa, penalizou duplamente o contribuinte em relação ao mesmo fato, incorrendo bis in idem, vedado constitucionalmente"* (f. 1079).

Quanto às alegações do *bis in idem* das multas arbitradas pela autoridade administrativa, vale dizer que a penalidade imposta pelo art. 48 do Código Tributário Municipal visa punir a prática de sonegação fiscal que, *in casu*, trata das prestações de serviços realizadas no âmbito do município, atribuindo o valor devido apurado e não pago, o que equivale, pois, ao montante devido a título de ISSQN no momento da lavratura do auto em que se considera o valor principal, bem como as cominações acessórias calculadas conforme o art. 145 do CTM, que dispõe:

> *Art. 145. Os tributos e demais créditos tributários não pagos na data do vencimento, terão seus valores atualizados e acrescidos de acordo e com os seguintes critérios:*
>
> *I. O principal será atualizado mediante aplicação dos índices oficiais de atualização dos créditos tributários;*
>
> *II. Sobre o valor do principal serão aplicados:*
>
> *- multa por atraso que será calculada aplicando-se o percentual de 0,33% (zero vírgula trinta e três por cento) ao dia, no limite máximo de 10% (dez por cento) e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês ou fração, aplicável a partir do 1º (primeiro) dia do mês subsequente ao vencimento.*

Assim, tal multa não se confunde com a multa fiscal moratória, decorrente do mero inadimplemento da obrigação tributária principal, qual seja, a de extinguir o crédito respectivo pelo pagamento; esta pena, prevista no inciso II supra, deve incidir apenas sobre o valor principal corrigido, o que foi observado pela autoridade fiscal às f. 100-101 dos presentes autos.

Sendo assim, não há aplicação de multa sobre multa, uma vez que a multa aplicada com fundamento no art. 48, inciso I, do CTM, busca evitar o descumprimento da obrigação, ao passo que os juros moratórios determinados no art. 145, também do CTM, visam remunerar o capital que o fisco deixou de arrecadar diante da inadimplência do contribuinte.

No tocante à porcentagem da multa prevista no art. 48, de 50% (cinquenta por cento), apesar de não possuir natureza tributária, uma vez que não compreende as especificações taxativas do art. 3º do CTN, não vislumbro exacerbação a ponto de ensejar caráter confiscatório, uma vez que não ultrapassa o valor do tributo.

Tenho que a finalidade da multa é punir o contribuinte que desrespeitou as normas tributárias. Seu objetivo, afinal, é desestimular a prática do ilícito tributário, o que, a toda evidência, não autoriza que o legislador estipule multas em percentuais abusivos, extrapolando os limites do razoável, a ponto de provocar o confisco patrimonial do contribuinte.

No caso em destaque, no entanto, a multa aplicada foi de 50 % (cinquenta por cento), não se revelando ilegal ou confiscatória, pois tem base legal (artigos 48 e 145 do Código Tributário Municipal), não ultrapassando o valor do tributo.

A propósito:

> *APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - MULTAS FISCAIS - MULTAS EM PATAMARES ELEVADOS - OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - CARÁTER CONFISCATÓRIO DAS MULTAS - INCONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS LEGAIS QUE FIXAM MULTA EM PERCENTUAIS INCOMPATÍVEIS COM A NATUREZA DA INFRAÇÃO - INCONSTITUCIONALIDADE PROCLAMADA - DESNECESSIDADE DE REMESSA AO ÓRGÃO ESPECIAL POR JÁ TER DECIDIDO QUESTÃO IDÊNTICA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA REDUZIR O VALOR DA MULTA - RECURSO DO ESTADO IMPROVIDO. I) Quando o percentual fixado a título de multa fiscal decorrente do inadimplemento pelo contribuinte de suas obrigações tributárias distancia-se do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, caracteriza-se o seu caráter confiscatório, vedado pelo artigo 150, IV, da Constituição Federal. Sendo o não-confisco princípio aplicável aos tributos, a restrição é também aplicável às multas tributárias. Isto porque o tributo e consequentemente, sua sanção pecuniária instituída a título de multa - não deve subtrair mais do que uma parte razoável do patrimônio ou da renda do contribuinte, sob pena de inviabilizar a continuidade da atividade econômica e empresarial do sujeito passivo da obrigação tributária. II) Inconstitucionalidade proclamada no âmbito da Câmara, sem remessa ao Órgão Especial em respeito à cláusula de reserva de Plenário, porque o Órgão Especial já decidiu matéria idêntica. Recurso do devedor parcialmente provido. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul Recurso do Estado improvido.* (TJMS; Apelação Cível n.º 0600024-20.2010.8.12.0001; Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível; Relator: Desembargador Dorival Renato Pavan; julgado em 13.08.2013).

Portanto, não há falar em confisco, bem como incidência de multa sobre multa nos valores apurados no auto de infração, não merecendo reforma, neste ponto, a sentença proferida.

Posto isto, não conheço do recurso do Município de Três Lagoas, porquanto intempestivo. Conheço em parte do recurso da autora; na parte conhecida, dou-lhe parcial provimento, para reformar parte da sentença a fim de reconhecer como "terceiros credenciados", ou seja, profissionais liberais prestadores de serviços, tanto os médicos cooperados quanto os médicos credenciados à autora. Nos termos do § 11 do artigo 85 do CPC, majoro os honorários advocatícios arbitrados em favor do patrono da apelante para R$ 6.000,00 (seis mil reais). Remessa necessária conhecida e também parcialmente provida, nos mesmos termos do julgamento do recurso voluntário.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 13/12/2016 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Júlio), após o relator não conhecer do recurso de Município de Três Lagoas: conhecer em parte do apelo de Cooperativa de Trabalho Médico Ltda - Unimed de Três Lagoas/MS e, nesta extensão, dar-lhe parcial provimento e, dar parcial provimento à remessa necessária. O 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 21/02/2017)

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (1º Vogal)

Pedi vista dos autos após o ilustre Relator não conhecer do recurso interposto pelo Município de Três Lagoas; conhecer em parte o recurso de Cooperativa de Trabalho Médico Ltda – Unimed de Três Lagoas/MS, dando-lhe parcial provimento e dar parcial provimento à remessa necessária.

Do apelo interposto pelo Município de Três Lagoas/MS

Em seu voto o ilustre Relator destacou que o juiz *a quo* não recebeu o recurso do município em razão da sua intempestividade; que por se tratar de matéria de ordem pública, analisou os respectivos prazos, restando constatada a intempestividade.

Neste ponto necessário se faz algumas colocações.

Pelo que se vislumbra dos autos, embora a sentença tenha sido proferida na vigência do CPC/73, foram interpostos embargos de declaração e apelações sob a nova legislação processual. Isso ocorrido, tem-se que em relação a apelação sua admissibilidade passou a ser do Relator e não mais do juiz *a quo*, confira:

> *Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá:*
>
> *I - os nomes e a qualificação das partes;*
>
> *II - a exposição do fato e do direito;*
>
> *III - as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade;*
>
> *IV - o pedido de nova decisão.*
>
> *§ 1º O apelado será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias.*
>
> *§ 2º Se o apelado interpuser apelação adesiva, o juiz intimará o apelante para apresentar contrarrazões.*
>
> *§ 3º* ***Após as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade.*** destaquei.

Portanto, como o juiz de primeiro grau realizou indevidamente o juízo de admissibilidade do recurso de apelação interposto pelo Município de Três Lagoas (f.1095), o caso é de nulidade do ato por incompetência absoluta, devendo ser realizada a sua admissibilidade pelo Relator, o que efetivamente ocorreu.

Dito isso, em sendo manifesta a interposição do apelo além do prazo recursal (já considerando a contagem em dobro), o caso realmente é de não conhecimento do recurso interposto pelo Município de Três Lagoas.

Do apelo interposto por Cooperativa de Trabalho Médico Ltda – Unimed de Três Lagoas/MS

Insurge-se a apelante contra a sentença de parcial procedência proferida nos autos da Ação Anulatória de Débito Fiscal proposta em face do Município de Três Lagoas, que em seu dispositivo fez constar:

> *1) determinar que a base de cálculo do ISS devido pela Autora seja seu faturamento efetivo, excluindo os valores repassados aos terceiros credenciados, porquanto configuram também como sujeitos passivos do mesmo tributo;*
>
> *2) declarar extinto o crédito tributário referente ao ISS do mês de dezembro do ano de 2005, diante do reconhecimento da decadência, nos termos do artigo 156, inciso V c.c artigo 173, inciso I, ambos do Código Tributário Nacional;*
>
> *3) reconhecer que a base de cálculo do ISS apurado no auto de infração e notificação de lançamento n.º 234/2011 se refere somente a serviços prestados nos limites do Município de Três Lagoas; e*

> *4) reconhecer a regularidade dos índices e percentuais aplicadospelo Município de Três Lagoas quanto a alíquota do ISS, correção monetária, multa por inadimplência e juros moratórios, por estarem de acordo com o Código Tributário Municipal.* (f. 1038)

Alega que as operadoras de plano de saúde são classificadas como *"*obrigações de dar*"* e não *"*obrigação de fazer*"*, não incidindo o ISS; que há que ser reconhecida a incompetência do município de Três Lagoas em relação a diversas hipóteses elencadas nos autos de infração para incidência do ISSQN; que como tem polos de desenvolvimento da sua atividade em outros 10 (dez) municípios (Costa Rica, Chapadão do Sul, Cassilândia, Aparecida do Taboado, Paranaíba, Selvíria, Inocência, Água Clara, Bataguassu e Brasilândia) não poderia a sentença ter presumido que todo o faturamento é produzido no município de Três Lagoas; que o pedido inicial não limitou a discussão sobre exclusão dos valores repassados aos credenciados, tendo a sentença laborado em equívoco ao não incluir os pagamentos realizados pela recorrente aos médicos cooperados, como despesas dedutíveis da base de cálculo do ISS; que a multa aplica em 50% viola os princípios do não confisco, da capacidade contributiva, razoabilidade e proporcionalidade; que a multa punitiva esta sendo aplicada sobre a base de cálculo do tributo, acrescido de atualização monetária, juros e multa moratória, alargando indevidamente a base de cálculo. Ao final pugna pela fixação de honorários recursais. Prequestionou a matéria.

No que se refere a alegação de que os serviços oferecidos seriam classificados como obrigação de dar, melhor sorte não assiste a apelante, pois, como bem exposto pelo Relator, o STJ já firmou entendimento no sentido de que os planos de saúde devem pagar o ISS, confira:

> *ISSQN. INCIDÊNCIA SOBRE SERVIÇOS PRESTADOS POR OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA DA ATIVIDADE. SERVIÇO OU OBRIGAÇÃO DE DAR. INADMISSIBILIDADE.ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PRETENSÃO DEMANDA VIOLAÇÃO À SÚMULA VINCULANTE N.º 10 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUBITENS 4.22 E 4.23 DA LC 116/2003, LEGISLAÇÃO FEDERAL QUE CABE A ESTA CORTE PRESERVAR. I - Violação ao art. 535 do CPC inocorrente, porquanto o Tribunal a quo, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos apresentados pela parte vencida, adotou fundamentação suficiente para decidir de modo integral a questão controvertida. II - Noutro giro, observa-se que a incidência ou não de ISSQN sobre a atividade de prestação de assistência médica por operadores de planos de saúde demanda exame de matéria constitucional, cujo conhecimento revela-se insindicável ao STJ, sob pena de usurpação da competência do Pretório Excelso. E não poderia ser diferente, pois, caso se entenda que a citada atividade não é um serviço, estar-se-ia, de forma indireta, declarando a inconstitucionalidade dos subitens 4.22 e 4.23 da LC 116/2003, que são expressos na previsão da incidência, o que é inadmissível, conforme dispõe a Súmula Vinculante n.º 10 do Pretório Excelso: viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. III -* **Ademais, quanto à atividade exercida, se serviço ou obrigação de dar, é pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a atividade de Planos de medicina de grupo ou individual e convênios para prestação de assistência médica, hospitalar, odontológica e congêneres e outros planos de saúde que se cumprem através de serviços de terceiros contratados, credenciados, cooperados ou apenas pagos pelo operador do plano, mediante indicação do beneficiário é fato gerador do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN** *(itens 4.22 e 4.23 da Lista de Serviços Anexa à LC 116/2003) (REsp nº 1.108.861/PB, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 08/09/2009). IV - Agravo regimental improvido.* (AgRg no AREsp 44.905/DF, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 06/03/2012, DJe 16/03/2012) destaquei.)

Quanto a base de cálculo do ISS a ser utilizada, de fato não há se falar em incidência sobre os valores repassados aos cooperados prestadores de serviço, nesse sentido confira novamente o posicionamento do STJ:

> *PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.* **ISS. PLANO DE SAÚDE. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DOS VALORES REPASSADOS AOS PROFISSIONAIS CREDENCIADOS.** *PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO PELOS VALORES REMANESCENTES. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.SÚMULA 211/STJ. 1.* **No que se refere à base de cálculo, mostra-se ilegítima a incidência do ISS sobre o total das mensalidades pagas pelo titular do plano de saúde à empresa gestora, pois, em relação aos serviços prestados pelos profissionais credenciados, há a incidência do tributo, de modo que a nova incidência sobre o valor destinado a remunerar tais serviços caracteriza-se como dupla incidência de um mesmo tributo sobre uma mesma base imponível. Por tal razão, o valor repassado aos profissionais credenciados deve ser excluído da base de cálculo do tributo devido pela empresa gestora** *(REsp 783.022/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 16/03/2009). No mesmo sentido: REsp 1.237.312/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/10/2011; REsp 1.137.234/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 13/09/2011; AgRg no Ag 1.288.850/ES, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 06/12/2010. 2. A tese de que a execução fiscal poderia prosseguir pelo valor remanescente, fundada na alegação de que o decote na base de cálculo depende de meros cálculos aritméticos, não foi apreciada pelo Tribunal de origem, carecendo o recurso especial, nesse particular, do requisito do prequestionamento, nos termos da Súmula 211/STJ. 3. Agravo regimental não provido.* (AgRg no AREsp 218.161/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013) destaquei.

No que se refere ao pedido de redução da multa fixada em 50% sobre o valor do imposto devido, ao argumento de que aludida percentual seria confiscatório, melhor sorte não assiste a apelante já que para tanto há previsão legal contida no Código Tributário de Três Lagoas, confira:

> *Art. 48 - As infrações cometidas contra as normas relativas ao imposto previsto nesta lei, quando não estabelecidas em capítulo próprio e quando apuradas através de ação fiscal, sujeitam o infrator às seguintes penalidades:*
>
> *I - Infrações relacionadas com o recolhimento do imposto:*
>
> *a) multa de 50% (cinqüenta por cento) do valor do imposto devido e não pago, ou pago a menor, pelo prestador de serviço ou responsável;*
>
> *b) multa de 200% (duzentos por cento) do valor do imposto aos que não recolheram no prazo regulamentar o imposto retido do prestador de serviços;*

Vale destacar que em razão do princípio da legalidade que rege o direito tributário, a redução da multa em questão dependeria de alteração da própria norma em comento, ou da sua retirada do mundo jurídico.

Quanto a assertiva de que a multa punitiva de 50% estaria sendo aplicada sobre a base de cálculo do tributo, acrescido de atualização monetária, juros e multa moratória, alargando indevidamente a base de cálculo, em parte razão assiste a apelante.

Em conformidade com o Código Tributário Municipal de Três Lagoas tem-se que:

> *Art. 122 - O atraso no pagamento das prestações sujeitará o contribuinte à atualização fiscal e às penalidades previstas nesta Lei e seus regulamentos e em especial as consignadas no artigo 145 desta Lei.*
>
> *Art. 145 - Os tributos e demais créditos tributários não pagos na data do vencimento, terão seus valores atualizados e acrescidos de acordo e com os seguintes critérios:*
>
> *I - o principal será atualizado mediante aplicação dos índices oficiais de atualização dos créditos tributários;*
>
> *II - sobre o valor do principal serão aplicados:*
>
> *- multa por atraso que será calculada aplicando-se o percentual de 0,33% (zero virgula trinta e três por cento) ao dia, no limite máximo de 10% (dez por cento) e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês ou fração, aplicável a partir do 1º (primeiro) dia do mês subseqüente ao vencimento.*

Considerando-se que o art. 48 já citado, impõe multa de 50% sobre valor do imposto devido e não pago, por certo que não há se falar na inclusão de outros acessórios à base de cálculo, qual seja, juros moratórios e multa por atraso, sendo permitida tão somente a correção monetária que nada mais é do que a atualização do tributo.

Ainda que não se possa confundir multa punitiva com multa moratória, ao contrário do exposto pelo Relator, o que a apelante pretende é afastar o alargamento da base de cálculo com a inclusão de outros encargos moratórios.

Daí que, discordando do relator, entendo que para fins de aplicação da multa de 50%, deve ser levando em conta tão somente o valor do tributo acrescido de correção monetária, ficando excluída a inclusão de juros e multa moratória na referida base, sob pena de violação ao princípio da legalidade.

Por fim, no que se refere a incompetência do município de Três Lagoas, aduz o Relator que ao decidir sobre a incidência do ISS, a sentença a limitou apenas sobre as prestações de serviços ocorridas naquele município de forma que não haveria interesse recursal, razão pela qual não conheceu do recurso em relação a este tópico.

Ouso discordar.

Com efeito, consta expressamente do dispositivo da sentença:

> *1) determinar que a base de cálculo do ISS devido pela Autora seja seu faturamento efetivo, excluindo os valores repassados aos terceiros credenciados, porquanto configuram também como sujeitos passivos do mesmo tributo;*
>
> *2) declarar extinto o crédito tributário referente ao ISS do mês de dezembro do ano de 2005, diante do reconhecimento da decadência, nos termos do artigo 156, inciso V c.c artigo 173, inciso I, ambos do Código Tributário Nacional;*
>
> *3)* **reconhecer que a base de cálculo do ISS apurado no auto de infração e notificação de lançamento n.º 234/2011 se refere somente a serviços prestados nos limites do Município de Três Lagoas;** *e*
>
> *4) reconhecer a regularidade dos índices e percentuais aplicadospelo Município de Três Lagoas quanto a alíquota do ISS, correção monetária, multa por inadimplência e juros moratórios, por estarem de acordo com o Código Tributário Municipal* (f. 1038) destaquei.

Note-se que, ao contrário do que entendeu o Relator, o juiz *a quo* reconheceu que todos os valores constantes do auto de infração nº 234/2011 referiam-se somente a serviços prestados nos limites de Três Lagoas, contra o que se insurge a apelante. Tanto assim o é que a partir das f. 1064 a recorrente vai indicando quais os valores que efetivamente não correspondem aos serviços prestados em Três Lagoas e que estariam sendo incluídos na base de cálculo do ISS devido àquele município.

Portanto, restando evidenciado o interesse recursal da parte neste ponto, discordo do Relator para o fim de conhecer o recurso também em relação à alegação de incompetência do município apelado, ficando, pois, no aguardo do voto de mérito a ser proferido pelo Ilustre Relator.

Da remessa necessária

Diante de devolução de toda a matéria discutida em primeiro grau por força da remessa necessária, tem-se que a sentença recorrida declarou a extinção do crédito tributário referente ao ISS do mês de dezembro/2005.

Contudo, apesar de tal declaração ter indo contra os interesses da Fazenda Pública, o Relator omitiu-se quanto a sua análise.

Da mesma forma não houve manifestação acerca do valor arbitrado a título de honorários advocatícios contra a Fazenda Pública, havendo pronunciamento tão somente acerca da sua majoração para fins de fixação dos honorários recursais.

Portanto, necessário se faz a complementação do voto também em sede de remessa necessária.

Posto isto, pelas razões acima, acompanhando o Relator não conheço do recurso de apelação interposto pelo Município de Três Lagoas, No mais, divergindo do Relator, há que ser conhecido na integralidade o recurso de apelação interposto por Cooperativa de Trabalho Médico Ltda – Unimed de Três Lagoas/MS, de forma que o Relator deverá complementar seu voto de mérito, inclusive, em relação à remessa necessária.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (2º Vogal)

Acompanho o 1º Vogal.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Ouvi atentamente o voto do ilustre 1º vogal e, após reflexão, hei por bem acompanhar o seu raciocínio, para, também, conhecer integralmente do recurso interposto por Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. - Unimed de Três Lagoas/MS.

Peço que o processo seja incluído na pauta do dia 07 de março próximo, para que este relator possa, na referida sessão, analisar integralmente o recurso da autora.

Por unanimidade, não conheceram do recurso de município de três lagoas, nos termos do voto do relator. Por unanimidade, conheceram integralmente do apelo de Cooperativa de Trabalho Médico Ltda - Unimed de Três Lagoas, nos termos do voto do 1º vogal, após o relator retificar seu voto. a conclusão de julgamento foi adiada para o dia 07/03/2017 para o relator proferir voto quanto a este recurso e à remessa necessária.

VOTO (EM 07/03/2017)

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Diante do voto do 1º vogal (Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso) para o conhecimento integral das razões de apelo da Cooperativa de Trabalho Médico ltda - Unimed Três Lagoas, cujo voto restou vencedor, passo à análise do recurso da autora, na parte que não havia sido conhecido.

Pois bem.

A apelante sustenta que:

> *O réu apenas poderá lançar e cobrar o ISQN quanto aos serviços prestados e contatados de plano de saúde firmados no âmbito do seu território (município de Três Lagoas), decotando do auto de infração AI 234/2011 os valores relativos das mensalidades relativas aos planos de usuários dos municípios de (i) Costa Rica; (iii) Chapadão do Sul; Cassilândia, (iv) Aparecida do Taboado, (v) Paranaíba, (vi) Selvíria, (vii) Inocência, (viii) Água Clara, (ix) Bataguassu; e, (x) Brasilândia, reduzindo-se proporcionalmente os juros, a multa e a correção monetária aplicada, sendo que o valor remanescente será determinado em sede de liquidação de sentença.* (f. 1082).

Como se observa do auto de infração juntado aos autos, houve o lançamento fiscal de operações de serviços que não foram realizados na competência do Município de Três Lagoas, abrangendo débitos tributários correspondentes a outras localidades.

Sendo assim, é nítido que se deve restringir as apurações feitas pelo Município de Três Lagoas em referência, tão somente às prestações de serviços realizadas em sua localidade, pois, caso assim permaneça, é indubitável a ocorrência do *bis in idem* da tributação referente ao ISS.

Nesse sentido, sobre a definição do modo que irá incidir o imposto sobre prestação de serviços, importante destacar os ensinamentos de Aires F. Barreto[2], ao dispor que:

> *É importante a definição desse aspecto, pois a mesma situação material no lugar ‹A› pode ser fato gerador e não sê-lo no lugar 'B', ou porque esse lugar esteja fora do âmbito espacial de aplicação da lei ou porque nele vigore uma isenção regional. É necessária, ainda, a análise do aspecto espacial para efeito da solução de possíveis conflitos de normas;a prestação de serviço, por exemplo, conforme se situe no município 'A' ou 'B', estará sujeita à lei de um ou de outro desses municípios.*
>
> *Essa realização só ocorrerá no local em que se situar o estabelecimento encarregado do desenvolvimento, da efetivação e da execução dos misteres essenciais à prestação dos serviços para o tomador. Em outras palavras, aquele em que se perfizer o objeto contratado, em que se ultimar, concluir o desiderato objeto da contratação.*
>
> *Só no local em que serão realizadas aquelas tarefas essenciais à ultimação ou perfazimento dos serviços é que será devido o tributo.*

Como se vê, não importa, apenas, a contratação dos serviços pela apelante (Unimed), mas, também, sua efetiva realização e execução no local em que o serviço foi prestado.

2 **Curso de Direito tributário Municipal**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 360.

Dessa forma, evidente que há contratação dos serviços da Unimed situada no Município de Três Lagoas cuja prestação se dará em outras localidades. Entretanto, a incidência tributária almejada pelo auto de infração em questão versa a respeito dos serviços prestados em Três Lagoas, não abrangendo a realização dos serviços em outros municípios, por afronta a sua competência, bem como às normas que regem a hipótese de incidência tributária dos municípios.

Assim, necessário se faz o desmembramento da base de cálculo do montante lançado pelo fisco de Três Lagoas, incidindo o ISS tão somente em relação à atividade econômica desenvolvida em sua base territorial.

A propósito, o julgado do Superior Tribunal de Justiça, veja-se:

> *PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DE IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS SOBRE ARRENDAMENTO MERCANTIL FINANCEIRO. COMPETÊNCIA ATIVA DO MUNICÍPIO EM QUE É EFETIVAMENTE REALIZADO O SERVIÇO. LEI COMPLEMENTAR N. 116/03. MATÉRIA DECIDIDA EM RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 07/STJ. INCIDÊNCIA. 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 1973. II - A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes apresentadas com fundamentos suficientes, mediante apreciação da disciplina normativa e cotejo ao posicionamento jurisprudencial aplicável à hipótese. Inexistência de omissão, contradição ou obscuridade. III - Esta Corte, ao julgar o Recurso Especial n. 1.060.210/SC, submetido ao rito do art. 543-C, firmou entendimento segundo o qual a competência tributária ativa para a cobrança do ISSQN, no sistema da Lei Complementar n. 116/03, recai, em regra, sobre o Município em que é efetivamente realizado o serviço, e não sobre aquele em que formalmente estabelecida a sede da prestadora, ocorrendo o inverso na vigência do Decreto-lei n. 406/68. (...).* (STJ - AgInt no REsp 1502963/SC, Rel. Ministra Regina Helena Costa, 1ª Turma, julgado em 26/04/2016, DJe 12/05/2016).

Portanto, os serviços prestados nos municípios de Costa Rica, Chapadão do Sul, Cassilândia, Aparecida do Taboado, Paranaíba, Selvíria, Inocência, Água Clara, Bataguassu e Brasilândia, derivados de contratos e mensalidades de plano de saúde realizados no Município de Três Lagoas, devem ser afastados de tributação de ISS deste município (Três Lagoas), uma vez que a prestação do serviço se deu na localidade daqueles, cuja aferição se dará em sede de liquidação de sentença.

Posto isto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, para reformar parte da sentença a fim de reconhecer como "terceiros credenciados", ou seja, profissionais liberais prestadores de serviços, tanto os médicos cooperados quanto os médicos credenciados à autora, bem como para afastar a incidência tributária referente aos contratos e mensalidades realizados nos municípios diversos. Nos termos do § 11 do artigo 85 do CPC, majoro os honorários advocatícios arbitrados em favor do patrono da apelante para R$ 6.000,00 (seis mil reais). Remessa necessária conhecida e também parcialmente provida, nos mesmos termos do julgamento do recurso voluntário.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, não conheceram do recurso de Município de Três Lagoas, nos termos do voto do relator. Por unanimidade, conheceram integralmente do apelo de Cooperativa de Trabalho Médico Ltda - Unimed de Três Lagoas, nos termos do voto do 1º vogal, após o relator retificar seu voto. No mérito, por unanimidade, deram parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

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

Campo Grande, 07 de março de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0805718-47.2015.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – APROPRIAÇÃO DE 06 (SEIS) CÁRTULAS DE CHEQUE PERTENCENTES AO MUNICÍPIO – VALORES DEPOSITADOS NA CONTA BANCÁRIA DO AGENTE PÚBLICO – ENRIQUECIMENTO ILÍCITO CARACTERIZADO – APLICAÇÃO DA SANÇÃO DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA – PENALIDADE DESCRITA NO ART 12, I, DA LEI N. 8.429/92 – ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – SANÇÃO MANTIDA – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ainda que o agente público confesse a conduta ímproba e alegue que esta tenha sido um ato isolado na sua vida profissional, a extensão do enriquecimento ilícito e o consequente dano ao erário (R$ 12.391,57), a atitude dolosa da apelante, bem como as exigências inerentes às funções desempenhadas pelo cargo (Técnica em Finanças da Secretaria de Finanças do Município), justificam a aplicação da sanção de perda do cargo público que ocupa, nos termos do art 12, I, da Lei n. 8.429/92.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 14 de março de 2017.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Tânia Regina Fernandes da Silva interpõe recurso de apelação contra a sentença do juízo da vara de Fazenda Pública e registros públicos da comarca de Três Lagoas que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, julgou procedente o pedido contido na inicial para condenar a apelante por ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito, na forma do art. 9º, caput, e inciso XI, com penalidades previstas no art. 12, inciso I, ambos da Lei 8.429/92 e, em consequência, aplicar cumulativamente as sanções de ressarcimento integral do dano causado ao erário e a perda do cargo público que ocupa no Município de Três Lagoas.

A apelante, em suas razões (f. 366-371), alega que houve confissão da prática do ato ilícito, justificando a conduta na sua dificuldade financeira, sendo que sua confissão não foi levada em consideração no momento da aplicação da penalidade.

Afirma que além da confissão, a recorrente sempre cumpriu com seus deveres funcionais, sendo este episódio isolado em sua vida profissional, bem como mostrou interesse em devolver os valores apropriados indevidamente.

Sustenta que a sansão de perda do cargo público deve ser substituída pela pena de multa, ao argumento de que a primeira se mostra desproporcional e desarrazoada ao caso em comento.

Pugna pelo provimento do recurso para reformar a sentença e afastar a sanção de perda do cargo público, aplicando uma menos gravosa, prestigiando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Contrarrazões às f. 375-384.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina (f. 393-398) pelo desprovimento do recurso.

VOTO 21/02/2017

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Trata de apelação interposta por Tânia Regina Fernandes da Silva contra a sentença do juízo da vara de Fazenda Pública e registros públicos da comarca de Três Lagoas que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, julgou procedente o pedido contido na inicial para condenar a apelante por ato de improbidade administrativa que importa enriquecimento ilícito, na forma do art. 9º, *caput*, e inciso XI, com penalidades previstas no art. 12, inciso I, ambos da Lei 8.429/92 e, em consequência, aplicar cumulativamente as sanções de ressarcimento integral do dano causado ao erário e a perda do cargo público que ocupa no Município de Três Lagoas.

Conforme relatado, a apelante alega que houve confissão da prática do ato ilícito, justificando a conduta na sua dificuldade financeira, sendo que sua confissão não foi levada em consideração no momento da aplicação da penalidade.

Afirma que além da confissão, a recorrente sempre cumpriu com seus deveres funcionais, sendo este episódio isolado em sua vida profissional, bem como mostrou interesse em devolver os valores apropriados indevidamente.

Sustenta que a sansão de perda do cargo público deve ser substituída pela pena de multa, ao argumento de que a primeira se mostra desproporcional e desarrazoada ao caso em comento.

Pugna pelo provimento do recurso para o fim de reformar a sentença e para afastar a sanção de perda do cargo público, aplicando uma menos gravosa, prestigiando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina às f. 393-398 pelo desprovimento do recurso.

Com relação à categoria de atos de improbidade, a Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) discrimina três tipos: a) os que importam em enriquecimento ilícito do agente público ou de outrem, não importando se resulta ou não dano ao erário (art. 9º); b) os que causam prejuízo ao erário, podendo importar enriquecimento indevido de terceiro (art. 10); e os que atentam contra aos princípios da administração pública (art. 11).

No caso versando restou incontroverso, inclusive pela confissão da apelante que, aproveitando-se do cargo que exercia (Técnica em Finanças da Secretaria de Finanças da Prefeitura Municipal de Três Lagoas), apropriou-se de 06 (seis) cártulas de cheque que pertenciam ao Município de Três Lagoas, no valor aproximado de R$ 12.391,57 (doze mil trezentos e noventa e um reais e cinquenta e sete centavos), depositando referido valor em sua conta bancária.

Tal conduta ímproba importou em enriquecimento ilícito da apelante, subsumindo-se a hipótese na conduta descrita nos artigos 9º, *caput*, e inciso XI, da Lei n. 8.429/92, com a aplicação das respectivas penalidades previstas no artigo 12, inciso I, da mesma Lei, que assim 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:*
>
> *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;*

Assim, a controvérsia do caso em análise cinge-se em perquirir se a sanção de perda do cargo público aplicada pelo juízo *a quo* é cabível na hipótese dos autos, considerando a extensão e as dimensões do dano ao erário; o proveito patrimonial do agente público; a intensidade do dolo; a repercussão social do fato; o cargo ocupado pelo agente; a relevância dos princípios da administração pública ofendidos e a vida pregressa da apelante.

In casu, ainda que a apelante confesse a conduta ímproba e alegue que esta tenha sido um ato isolado na sua vida profissional, a extensão do enriquecimento ilícito e o consequente dano ao erário (R$ 12.391,57), a atitude dolosa da apelante, bem como as exigências inerentes às funções desempenhadas pelo cargo, justificam a aplicação da sanção de perda do cargo público que ocupa na Prefeitura Municipal de Três Lagoas.

A justificativa para a aplicação desta penalidade decorre do fato de ser inadmissível que permaneça no serviço público o agente que tenha se aproveitado das funções que lhe foram confiadas para desviar em proveito próprio valores do erário, fato este que inclusive caracterizou crime de peculato, com a condenação da apelante em primeiro grau, tendo sido fixada pena definitiva de 03 (três) anos de reclusão, para cumprimento no regime inicial aberto, inclusive com decretação da perda do cargo público (f. 261/265).

Sobre o tema, cito o seguinte precedente:

> *DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SERVIDOR PÚBLICO. IMPROBIDADEADMINISTRATIVA (ARTIGO 11 DA LEI Nº 8.429/1992). PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. DESVIOS DE VALORES. FATOS INCONTROVERSOS. JOGO PATOLÓGICO. PERÍCIA MÉDICA. AUSÊNCIA DE INIMPUTABILIDADE. APLICAÇÃO DAS PENAS DO ART. 12 DA LEI DE IMPROBIDADEADMINISTRATIVA. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO, PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA E PROIBIÇÃO DE RECEBER BENEFÍCIOS CREDITÍCIOS DO PODER PÚBLICO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RESSARCIMENTO*

DO DANO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA DESDE A DATA DO ATO ILÍCITO. 1. O pedido de Assistência Judiciária Gratuita já foi atendido pelo juízo a quo, restando, pois, prejudicado. 2. Caso em que a ação civil pública foi ajuizada pelo ministério público federal para imposição das sanções previstas na Lei nº 8.429/1992 a servidor público federal do tribunal regional do trabalho da 15ª região, responsável pela verificação dos dados relativos à folha de pagamento de pessoal, pela prática de atos de improbidade administrativa (desvio de valores em proveito próprio). (...) 13. A Lei nº 8.429/1992 que trata das condutas praticadas por agentes públicos que caracterizem atos de improbidade administrativa assevera que constitui atos de improbidadeadministrativa ***aqueles que importam enriquecimento ilícito*** *(artigo 9º), que causem prejuízo ao erário (artigo 10) e que atentem contra os princípios da administração pública (artigo 11). 14. As cominações legais, em razão da prática dos atos de improbidade administrativa são as previstas nos incisos do artigo 12 da Lei nº 8.429/1992. 15. Nem se alegue a ausência de dolo a impedir o reconhecimento da improbidade administrativa, pois as circunstâncias dos fatos demonstram que as manipulações praticadas pelo réu foram conscientes e objetivavam finalidades ilegais, encontrando-se devidamente caracterizado o dolo, vez que embora confirmada a patologia alegada também atestada a ausência de alteração na capacidade de entendimento, tendo o réu espontaneamente praticados os atos contrários aos deveres de honestidade, legalidade e moralidade. (...) 17. Também não merece reparo a sentença no que reputou adequada e suficiente, diante da conduta do réu, a sua penalização ao ressarcimento ao erário, perda da função pública e proibição de receber benefícios creditícios do poder público, afastando a suspensão dos direitos políticos e a proibição de contratação com poder público, que reputou o juízo ser inútil ou redundante. 18. Consolidada a jurisprudência no sentido de que as penas previstas no mencionado artigo não são cumulativas, devendo seu cabimento ser avaliado pelo julgador de forma razoável e proporcional. A sentença motivou na inutilidade e redundância o afastamento de outras penalidades, sendo que tal conclusão não se revela ilegal no exame da natureza, gravidade e consequência do ato de improbidade administrativa. A apelação ministerial, no que apontou gravidade da conduta e extensão do dano, não autoriza, porém, a reforma, pois as penalidades já aplicadas são suficientes a sancionar a conduta do réu, observando a proporcionalidade que se exige para a reprimenda judicial, que não pode incorrer em excesso como se fossem, necessariamente, cumulativas as penalidades da Lei. (...).* (TRF 3ª R.; AC 0017120-69.2011.4.03.6105; SP; Terceira Turma; Rel. Des. Fed. Carlos Muta; Julg. 10/09/2015; DEJF 18/09/2015; Pág. 1107).

Observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos parâmetros anteriormente citados, a dosagem da reprimenda não merece reparos, estando correta a sentença que aplicou a penalidade disposta no art 12, I, da Lei n. 8.429/92, em razão do enriquecimento ilícito da apelante, determinando a perda do cargo público e ressarcimento integral do dano causado.

Posto isso, com o parecer, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 14/03/2017 em face do pedido de vista do 1º vogal (Des. Júlio), após o relator negar provimento ao recurso. O 2º vogal aguarda.

VOTO 14/03/2017

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (1º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria, em decorrência da complexidade do assunto.

Conforme já sintetizado pelo relator, Tânia Regina Fernandes da Silva interpôs o presente recurso visando a reforma da decisão proferida pelo magistrado singular que, nos autos da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, julgou procedente o pedido inicial.

Segundo o que consta do feito, a apelante, em decorrência de dificuldades financeiras por ela enfrentadas, teria se apropriado de 06 cártulas de cheque que pertenciam ao Município de Três Lagoas, no valor aproximado de R$ 12.391,57, tendo depositado o valor em sua conta bancária. Assim, o julgador *a quo* entendeu por bem condenar a apelante/requerida por ato de improbidade administrativa, aplicando como sanção o dever de ressarcimento integral do dano causado ao erário, bem como a perda do cargo público por ela ocupado.

Feitais tais considerações, o ato de improbidade que a autora/apelante confessou ter praticado importou no seu enriquecimento ilícito, conforme o disposto no artigo 9° da Lei 8.429/92, sendo devida a aplicação das sanções no artigo 12 da mesma norma, vejamos:

> *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;*

Com isso, não havendo nos autos qualquer discussão sobre a prática do ato de improbidade e o dever de ressarcimento ao erário, a discussão trazida à julgamento diz respeito apenas à aplicação da pena de perda do cardo público.

Pois bem, após manusear o feito e analisar as provas que dele constam, entendo por bem acompanhar o voto do relator que manteve a sentença primária no sentido de impor a condenação de perda do cargo público à apelante, tendo em vista que, ao meu ver, é inadmissível permitir a permanência da mesma no serviço público, após esta ter se utilizado da confiança que lhe era atribuída para desviar em proveito próprio valores do erário.

Aliás, não esquecendo da independência da penalidade nas esferas administrativa, penal e cível, é válido mencionar que a apelante foi condenada pelo delito de peculato a 03 anos de reclusão, com regime inicial aberto, oportunidade em que também fora decretada a perda do cargo público.

Assim, não tenho dúvidas em acompanhar o voto do relator para negar provimento ao recurso de apelação interposto por Tânia Regina Fernandes da Silva, mantendo a condenação imposta pelo magistrado singular por ato de improbidade administrativa, bem como a aplicação das penas de dever de ressarcimento integral do dano causado ao erário e perda do cargo público.

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (2º Vogal)

Acompanho o 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. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

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

Campo Grande, 14 de março de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0820178-02.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – SERVIDOR NOMEADO APÓS A IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA – POSTULAÇÃO DE RECEBIMENTO DA REMUNERAÇÃO REFERENTE AO PERÍODO EM QUE NÃO FOI NOMEADO – NÃO COMPROVAÇÃO DE SERVIÇO EFETIVAMENTE PRESTADO OU FLAGRANTE ARBITRARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO – DANO MORAL NÃO DEMONSTRADO – RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

Não tendo havido o efetivo exercício do cargo pelo apelante no período compreendido entre o mês de julho de 2012 e o dia 04/02/2014, bem como a demonstração da existência de arbitrariedade flagrante por parte da Administração, não há falar em percepção de remuneração, sob pena de enriquecimento sem causa, prática vedada pelo ordenamento jurídico.

Por não ser o dano moral, na espécie, *in re ipsa*, deveria o autor ter comprovado o abalo extrapatrimonial suportado em decorrência da situação narrada na inicial, o que, contudo, não fez, limitando-se a meras alegações.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 7 de fevereiro de 2017.

Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Günter Barbosa apela da sentença proferida pelo juiz da 11ª vara cível residual da comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de indenização ajuizada contra Sanesul Empresa de Saneamento Básico de Mato Grosso do Sul, julgou improcedentes as pretensões por si formuladas.

Em suas razões, o apelante sustenta que participou de determinado concurso público organizado pela ré para o cargo de motorista, tendo sido aprovado na prova escrita e no teste de capacitação física; foi considerado inapto após a realização do exame de aptidão mental sem que, para tanto, fosse-lhe apresentada qualquer justificativa, e, consequentemente, excluído do certame no mês de julho de 2012; no mês de fevereiro de 2014 conseguiu sua nomeação à vaga por força da segurança concedida nos autos nº 0602615-84.2012.8.12.0000; a ré, deliberada e unilateralmente, considerou-o inapto para o exercício do cargo quando não o era, privando-o da nomeação e da percepção de salário; teria sido excluído do concurso, mesmo

sendo portador de direito líquido e certo, caso não tivesse impetrado o mandado de segurança indicado; a ré cometeu ato ilícito, pois foi imprudente em avaliá-lo erroneamente e negligente ao impedi-lo de assumir cargo a que teria direito; deixou de receber o valor de R$ 19.590,00 (dezenove mil quinhentos e noventa reais), equivalente a 15 meses de remuneração; e que o ato praticado pela ré causou-lhe danos morais. Pede provimento do recurso para, reformando-se a sentença proferida, sejam os pedidos formulados na inicial julgados procedentes (f. 131-138).

Contrarrazões às f. 142-152.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (Relator)

Günter Barbosa apela da sentença proferida pelo juiz da 11ª vara cível residual da comarca de Campo Grande que, nos autos da ação de indenização ajuizada contra Sanesul Empresa de Saneamento Básico de Mato Grosso do Sul, julgou improcedentes as pretensões por si formuladas.

Em suas razões, o apelante sustenta que participou de determinado concurso público organizado pela ré para o cargo de motorista, tendo sido aprovado na prova escrita e no teste de capacitação física; foi considerado inapto após a realização do exame de aptidão mental sem que, para tanto, fosse-lhe apresentada qualquer justificativa e, consequentemente, excluído do certame no mês de julho de 2012; no mês de fevereiro de 2014 conseguiu sua nomeação à vaga por força da segurança concedida nos autos nº 0602615-84.2012.8.12.0000; a ré, deliberada e unilateralmente, considerou-o inapto para o exercício do cargo quando não o era, privando-o da nomeação e da percepção do respectivo salário; teria sido excluído do concurso, mesmo sendo portador de direito líquido e certo, caso não tivesse impetrado o mandado de segurança indicado; a ré cometeu ato ilícito, pois foi imprudente em avaliá-lo erroneamente e negligente ao impedi-lo de assumir o cargo a que teria direito; deixou de receber o valor de R$ 19.590,00 (dezenove mil quinhentos e noventa reais), equivalente a 15 meses de remuneração; e que o ato praticado pela ré causou-lhe danos morais. Pede provimento do recurso para, reformando-se a sentença proferida, sejam os pedidos formulados na inicial julgados procedentes.

Pois bem. Colhe-se dos autos que o autor ajuizou a presente ação pretendendo obter a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais de R$ 19.590,00 (dezenove mil e quinhentos reais) e morais de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) alegando, para tanto, que foi aprovado na prova objetiva e no teste de capacitação física de determinado concurso público realizado pela ré para a vaga de motorista, mas excluído do certame por haver sido considerado inapto no exame de aptidão mental; impetrou o mandado de segurança nº 06026-15.84.2012.8.12.0000, por meio do qual obteve a segurança para ser nomeado no aludido cargo; ficou sem receber a remuneração do cargo para o qual foi aprovado pelo período de 15 (quinze) meses, o que lhe causou prejuízos de ordem material e moral.

O juiz singular, considerando que "*(...) o percebimento do proveito econômico decorrente da aprovação em concurso público está condicionado ao efetivo exercício do respectivo cargo (...)*" (f. 126), e que "*(...) não obstante a injustificada recusa da requerida em efetuar a nomeação, não se vislumbra ofensa a direitos da personalidade a ensejar reparação*" (f. 126), julgou improcedentes os pedidos indenizatórios formulados.

Há de ser mantida a sentença proferida.

O Superior Tribunal de Justiça, acerca da matéria, *mutatis mutandis*, já decidiu ser "*(...) indevida a percepção de vencimentos, inclusive a título de indenização, a candidatos preteridos na ordem de*

classificação em certame público, posteriormente nomeados pela Administração, por força de decisão judicial, porquanto a percepção da retribuição pecuniária impõe o efetivo exercício do cargo"[1].

No mesmo sentido:

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. CARGO DE TÉCNICO DE APOIO OPERACIONAL. NOMEAÇÃO POR FORMA DE DECISÃO JUDICIAL. DIREITO AO RECEBIMENTO RETROATIVO DE VENCIMENTOS. EFEITO FINANCEIRO RETROATIVO À DATA DA POSSE. IMPOSSIBILIDADE. DATA DO EFEITO EXERCÍCIO. PRECEDENTES DO STJ. CONTRADIÇÃO APONTADA ENTRE ACÓRDÃO EMBARGADO E JULGADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INVIABILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. 1. Consoante jurisprudência firme do STJ, os candidatos preteridos na ordem de classificação em certame público, situação esta, inclusive, reconhecida judicialmente, não fazem jus aos vencimentos referentes ao período compreendido entre a data em que deveriam ter sido nomeados e a efetiva investidura no serviço público, ainda que a título de indenização, na medida que a percepção da retribuição pecuniária não prescinde do efetivo exercício do cargo. 2. O Tribunal a quo decidiu em sintonia com a jurisprudência do STJ. 3. Contradição apontada entre o acórdão embargado e julgado do STF, nos autos do AG 556661 , que não deve ser examinada em tema de embargos de declaração. 4. Embargos de declaração rejeitados.*[2]

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, nos autos do Recurso Extraordinário nº 724347, julgado em sede de repercussão geral, firmou a tese de que "*(...) na hipótese de posse em cargo público determinada por decisão judicial, o servidor não faz jus a indenização, sob fundamento de que deveria ter sido investido em momento anterior, salvo situação de arbitrariedade flagrante*."

Não tendo havido, portanto, o efetivo exercício do cargo pelo apelante no período compreendido entre o mês de julho de 2012 e o dia 04/02/2014, bem como a demonstração da existência de arbitrariedade flagrante, não há falar em percepção de remuneração, sob pena de enriquecimento sem causa, prática vedada pelo ordenamento jurídico.

Relativamente aos danos morais, "*(...) conquanto se possa reconhecer o aborrecimento decorrente da expectativa frustrada à nomeação em Emprego Público, muitas vezes um projeto de vida da pessoa, não há como se entender que a nomeação tardia possa gerar o referido dano in re ipsa, mormente em razão de não haver, em regra, um termo específico para a contratação do servidor ou empregado aprovado, representando tal conduta, em regra, inegável mérito administrativo*."[3]

Por não ser o dano moral, na espécie, *in re ipsa*, deveria o autor ter comprovado o abalo extrapatrimonial suportado em decorrência da situação narrada na inicial, o que, contudo, não fez, limitando-se a meras alegações.

Posto isso, conheço do recurso interposto, mas nego-lhe provimento. Deixo de majorar os honorários sucumbenciais arbitrados em 1º grau, conforme determina o § 11 do artigo 85 do NCPC, uma vez que o magistrado *a quo* o fez no máximo legal permitido, qual seja, 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da causa.

1 6ª Turma, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 615459, rel. Min. Celso Limongi, Data de julgamento: 19/11/2009, Data de publicação: 07/12/2009.

2 **STJ**, 6ª Turma, Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 922977, rel. Min. Celso Limongi, Data de julgamento: 20/08/2009, Data de publicação: 08/09/2009.

3 **TJRJ**, 16ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 0002644-48.2013.8.19.0003, rel. Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo, Data de julgamento: 06/10/2015.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

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

Campo Grande, 07 de fevereiro de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0004218-28.2009.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – RESPONSABILIDADE CIVIL ESTATAL – PRISÃO ILEGAL E EXCESSIVA NÃO VISLUMBRADA – ERRO JUDICIÁRIO NÃO DEMONSTRADO – ARTIGO 37, § 6.º, DA CR, NÃO APLICÁVEL – DOLO OU FRAUDE DO MAGISTRADO NÃO AVENTADOS – RESPONSABILIDADE SUBJETIVA NÃO COMPROVADA – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Se o que se constatou foi o estrito cumprimento de dever legal, com imposição de reprimenda, ainda que acautelatória, dada a presença de seus requisitos legais e, mais, se no transcurso da instrução houve o exercício de garantias constitucionais da ampla defesa e contraditório, com respeito à razoável duração do processo e ao princípio da proporcionalidade, não há que se falar em erro judiciário ou excesso de prazo de prisão, o que afasta, por completo, a responsabilidade objetiva estatal.

Ademais, se não se aventou qualquer possibilidade de fraude ou dolo do magistrado condutor dos casos, cuja arguição de suspeição foi rejeitada por este TJMS na época dos fatos, a responsabilidade subjetiva igualmente não se aplica ao caso.

Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 24 de janeiro de 2017.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Nivaldo Paes Rodrigues, Ramão Xavier de Arruda, João Batista de Sena Santos, Cleverson Ermínio de Santana, Jamil Mendonza Calderon, Sérgio Roa Guimarães, Damião Santiago Torres, Luis Edson Pereira de Carvalho e Paulo Roberto Martins interpuseram apelação cível contra a sentença de improcedência dos pedidos realizados na ação de indenização que ajuizaram contra o Estado de Mato Grosso do Sul, que tramitou na Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos da Comarca de Corumbá.

A sentença respectiva (f. 1736-51) julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais formulado pelos ora apelantes, sob o fundamento de inexistir hipótese legal permissiva capaz de embasar a pretensão dos requerentes.

Em suas razões (f. 1766-81), os apelantes defendem haver direito à indenização pleiteada, em razão da prisão perpetrada contra eles, que consideram ilegal.

Argumentam que a responsabilidade do Estado é objetiva, conforme previsão constitucional, porém, também asseveram que houve comprovação de erro judiciário capaz de ensejar a responsabilização subjetiva do Estado, uma vez que em momento algum entenderam presentes os requisitos legais para a decretação da prisão cautelar dos apelantes, que também foi mantida em excesso ao prazo máximo admitido.

Afirmam que em razão dos acontecimentos sofreram humilhação, experimentada inclusive por amigos e familiares, já que a ampla divulgação do caso se estendeu às mídias virtuais e televisivas, o que agravou a ofensa causada.

Prequestionam os artigos 5.º, incisos V, X, LVII, LXI, LXXV, e § 2.º, e 37, § 6.º, ambos da CR; artigos 12, 17, 21, 186, 187, 927 e 954, do Código Civil, e 9.º, n.º 5, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Pedem o conhecimento e provimento do recurso para reforma da sentença e julgamento procedente do pedido de reparação por dano morais, com fixação do *quntum* indenizatório dentro de critérios legais.

Sem contrarrazões.

Parecer ministerial às f. 1798-9.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Nivaldo Paes Rodrigues, Ramão Xavier de Arruda, João Batista de Sena Santos, Cleverson Ermínio de Sant'ana, Jamil Mendonza Calderon, Sérgio Roa Guimarães, Damião Santiago Torres, José Admir Cardoso, Espólio de Celso Jorge Santiago Torres, Luis Edson Pereira de Carvalho e Paulo Roberto Martins apelaram contra sentença de julgamento improcedente de ação indenizatória movida contra Estado de Mato Grosso do Sul.

Em suas razões (f. 1766-81), os apelantes defendem haver direito à indenização pleiteada, em razão da prisão ilegal e sucessivos erros judiciários que os levaram a permanecer excessivamente encarcerados.

Revolvendo-se os fatos alegados, consta dos autos que os apelantes foram presos cautelarmente no dia 05/10/2000, em razão de condutas a eles imputadas e cuja persecução penal originou os processos n.º 008.00.003804-9 e n.º 008.00.003805-7.

Segundo se conferiu dos documentos de f. 82-98 e 763-80, naquele momento inicial, tão logo apresentada a denúncia, vislumbrou-se a prova da materialidade do delito, indícios suficientes da autoria, necessidade de garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e efetivar a aplicação da lei penal, razão pela qual foi decretada a prisão dos apelantes.

Com o transcurso da Ação Penal n.º 008.00.003805-7, os apelantes foram interrogados, apresentaram defesa prévia, foram soltos (f. 363-4), apresentaram alegações finais (f. 59-963), fatos e fundamentos estes analisados e que culminaram na absolvição de todos os crimes (f. 59-676).

Já nos autos n.º 008.00.003804-9, os ora apelantes igualmente foram interrogados, houve produção de prova documental e oral, a soltura foi providenciada no mesmo dia do processo acima indicado, apresentadas alegações finais, entretanto, em razão da constatação da prescrição retroativa, extinguiu-se a punibilidade dos acusados (f. 678-963).

Pois bem, a alegação dos apelantes é de referida prisão cautelar ter sido abusiva, imotivada e indevida, o que, nos termos dos artigos 9.º, n.º 5, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 5.º, V e X, da CR, 186 e 187, do CC, e 927, do CPC/73, faz nascer o direito à indenização por danos extrapatrimoniais, consubstanciada pela responsabilidade objetiva do Estado (artigo 37, § 6.º, da CR).

Nesse enfoque, embora a sentença tenha em sua conclusão adequadamente se posicionado sobre a improcedência do feito, os argumentos utilizados pelos apelantes corretamente demandaram a análise do caso sob o aspecto da responsabilidade civil objetiva do Estado, o que sequer foi conhecido

Como se sabe, a Constituição da República adotou, como regra, a responsabilidade objetiva do Estado, que estabelece o dever de indenizar se a atividade estatal causar danos a terceiros, nos termos do artigo 37, § 6.º, que cumulado com artigo 5.º, LXXV, exige a comprovação do ato tido por ilícito, no caso o erro judiciário ou prisão excessiva, a relação de causalidade entre este e o dano, e a lesão causada ao particular.

Ausente qualquer destes elementos, restará afastada a obrigação de indenizar.

No caso, ainda que incipiente a investigação conduzida, havia indícios consideráveis e suficientes da autoria e da prova da existência dos crimes, conforme declarações obtidas de testemunhas e do próprio denunciante de toda a situação outrora narrada nos autos de ações penais.

O fato de não haver prévio inquérito policial, o que foi, inclusive, mencionado e corretamente justificado pelo magistrado da causa, bem assim as alegações de que os depoimentos colhidos em fase investigatória serem de pessoas de "índole questionável", não eximiram ou mesmo afastaram a conduta inerente do representante do Ministério Público de prosseguir com o processo-crime, tendo por enfoque o princípio da obrigatoriedade, já que materializadas as condutas delitivas.

Ademais, ao que se percebe, a fundamentação das decisões que receberam as denúncias (f. 82-98 e 763-80) também tratou da possível ameaça da garantia da ordem pública, tendo em vista o exercício da atividade policial dos apelantes e, em razão disso, a possibilidade de intervenção na instrução criminal, além de fundados temores de inaplicabilidade da lei penal dada a proximidade transfronteiriça e, com isso, o prejuízo até mesmo da credibilidade de instituições constitucionais.

Assim, e como já adiantei, devido ao lastro probatório naquele momento existente, era cabível a decretação da prisão preventiva, que, aliás, foi mantida mesmo após impetrados remédios constitucionais de *habeas corpus*, como se confirmou das cópias de f. 865-6 e 1204-9.

A absolvição dos apelantes, em um dos casos, e a extinção da punibilidade, no outro, não implica, necessariamente, em erro do Estado, já que tal circunstância não gera a convicção de culpa do Juiz-sentenciante, em qualquer de suas modalidades, pelo contrário atesta a lisura da atividade judicial com a liberdade dos réus diante da ausência dos parâmetros que havia fundamentado o seu cerceamento anteriormente.

O mesmo pode ser dito quanto ao argumento de excesso de prazo da prisão preventiva, que segundo o procedimento processual se admite no máximo 81 dias, enquanto que os apelantes permaneceram detidos por 196 dias.

Ora, em respeito ao prazo ideal e impróprio de 81 dias para a instrução processual penal, entendo que tal prazo não é peremptório e sequer expressamente indicado pelo Código de Processo Penal.

Ademais, não é correto afirmar que eventual excesso desse prazo implica constrangimento ilegal quando, presentes os requisitos para a manutenção da prisão cautelar, tal medida cautelar é estendida até que a instrução do caso fosse finalizada, como muito bem descrito pela sentença recorrida:

> *(...) Em ambos os processos existia a pluralidade de réus, bem como era necessária a realização de atos em outras comarcas, tanto é que a custódia preventiva restou operacionalizada no Município de Campo Grande, diga-se, por determinação do Magistrado que presidiu os referidos feitos e, ainda, por somente a capital do Estado possuir presídio específico em abrigar os ocupantes das carreiras policiais. De mais a mais, é sabido que a regra processual penal estabelece os prazos para a manutenção da segregação cautelar preventiva dos acusados.*
>
> *Entretanto, ao analisar a documentação acostada aos autos pelos requerentes, revela-se patente a inexistência de prova cabal capaz de demonstrar que os processos criminais estavam paralisados, ou que houve demora excessiva do Judiciário para a análise dos pedidos de revogação das prisões preventivas.*

Portanto, no presente caso, se o que se constatou foi o estrito cumprimento de dever legal, com imposição de privação de liberdade, ainda que acautelatória, dada a presença de seus requisitos legais, e, mais, se no transcurso da instrução, houve o exercício de garantias constitucionais da ampla defesa e contraditório, com respeito à razoável duração do processo e ao princípio da proporcionalidade, não há que se falar em erro judiciário ou excesso de prazo de prisão, o que afasta, por completo, a responsabilidade objetiva estatal.

Outrossim, quanto as alegações de responsabilidade subjetiva do Estado, os apelantes deveriam comprovar culpa grave, dolo e má-fé do magistrado condutor daqueles casos, nos moldes da disposição do artigo 49, I, da Lei Complemantar 35/79, combinada com 143, I do CPC/15, correspondente ao 133, I do CPC/73, e não o fizeram.

Nesse enfoque a sentença recorrida bem analisou que não houve comprovações hábeis a desonrar a conduta dos promotores ou do magistrado que atuou no caso, aliás a alegação de suspeição porque uma das promotoras que conduziu o caso era cônjuge do magistrado que recebeu a denúncia foi, ainda naquela época, prontamente afastada em procedimento próprio de exceção, como se constata à f. 1123, em relação ao processo n.º 0003805-25.2003.8.12.0008.

Além disso, sequer se aventou qualquer possibilidade de fraude ou dolo do magistrado condutor dos casos, o que justificaria a responsabilidade civil subjetiva aqui apregoada.

Para ilustrar os fundamentos acima utilizados, eis o que a jurisprudência entende sobre o tema:

> *EMENTA. Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Processual Civil e Administrativo. Indeferimento de prova testemunhal. Ausência de repercussão geral. Responsabilidade civil do Estado. Prisão cautelar determinada no curso de regular inquérito policial. Não indiciamento do investigado. Danos morais. Dever de indenizar. Descabimento. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes.*

1. (...) 3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que, salvo nas hipóteses de erro judiciário, de prisão além do tempo fixado na sentença - previstas no art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal -, bem como nos casos previstos em lei, a regra é a de que o art. 37, § 6º, da Constituição não se aplica aos atos jurisdicionais quando emanados de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico. 4. Agravo regimental não provido. (ARE 939966 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016, Acórdão Eletrônico DJe-101 Divulg 17-05-2016 Public 18-05-2016).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - PRISÃO PREVENTIVA E POSTERIOR ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - NECESSIDADE DE CONSTATAÇÃO DA ILEGALIDADE DO DECRETO PRISIONAL - REEXAME DE PROVAS - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO - INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL.

1. Esta Corte tem firmado o entendimento de que a prisão preventiva, devidamente fundamentada e nos limites legais, inclusive temporal, não gera o direito à indenização em face da posterior absolvição por ausência de provas. Precedentes. 2. (...). 3. (...). 4. Recurso especial não conhecido. (REsp 911.641/MS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 07/05/2009, DJe 25/05/2009).

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS – AÇÃO PENAL MOVIDA – PRISÃO PREVENTIVA – POSTERIOR ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS E PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO – INEXISTÊNCIA DE DIREITO A REPARAÇÃO – RECURSO DESPROVIDO. (AC 0365669-36.2008.8.12.0001; Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa; 4ª Câmara Cível; julgamento em 03/02/2015).

EMENTA - APELAÇÕES CÍVEIS - RECURSO DO AUTOR - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - PRISÃO TEMPORÁRIA - DEVIDO PROCESSO LEGAL OBSERVADO - REPARAÇÃO INDEVIDA - RECURSO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS - SENTENÇA MANTIDA - RECURSOS IMPROVIDOS. A ocorrência de prisão temporária, por si só, não enseja o dever estatal de indenizar o acusado, por ser esse um ato de persecução criminal que repousa em juízo provisório. Não restando demonstrado erro judiciário ou ato ilícito, na medida em que a atitude do apelado não extrapolou os limites de seu regular exercício do direito, não se há falar em indenização por danos morais. (...) (AC 0801193-57.2012.8.12.0011; Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; 4ª Câmara Cível; julgamento em 06/10/2014).

Logo, se os recorrentes sofreram de fato algum dano, como insistem em argumentar, inclusive quanto ao fatídico falecimento de um deles e das ostensivas publicações pela mídia acerca dos fatos na época de sua ocorrência, não se vislumbra, no entanto, nexo de causalidade com nenhum ato ilegal ou abusivo por parte do Estado, o que afasta, por conseguinte, a pretensão indenizatória, já que não configurados os pressupostos necessários e indicados pelos artigos 5,º, V, X, e 37, § 6.º, da CR, artigo 9.º, item 5, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto n.º 592/1992, além dos artigos 186, 187, 927 e 954, do CC.

Nesse caso, conheço o apelo, porém a ele nego provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Divoncir Schreiner Maran e Des. Sérgio Fernandes Martins.

Campo Grande, 24 de janeiro de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0046653-38.2009.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – MORTE DE FILHO MENOR – AFOGAMENTO – EVENTO RELIGIOSO – RESPONSABILIDADE DA ENTIDADE – DANO MORAL – *QUANTUM* DESARRAZOADO – MAJORAÇÃO – DANO MATERIAL – PENSIONAMENTO ATÉ A IDADE MÉDIA DO BRASILEIRO, SEGUNDO O IBGE – TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA – SÚMULAS 54 E 362, DO STJ – SUCUMBÊNCIA MÍNIMA – SÚMULA 326, DO STJ – HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA INCOMPATÍVEIS COM O TRABALHO REALIZADO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A indenização por dano moral não pode servir ao enriquecimento da vítima, deve ser arbitrada em valor capaz de atingir o agressor e obstar a reiteração da conduta, e deve ser fixada em atenção aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em consideração, ainda, a situação econômica tanto do ofensor quanto do ofendido.

O Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de que, em casos de indenização por morte, o dano material deve ser fixado em valor equivalente a 2/3 do salário percebido (ou do salário mínimo caso não exercido trabalho remunerado) até 25 (vinte e cinco) anos, e a partir daí, reduzida para 1/3 do salário até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos.

Em caso de responsabilidade extracontratual, os juros de mora devem incidir a contar do evento danoso, conforme preleciona a súmula 54, do Superior Tribunal de Justiça, enquanto a correção monetária tem início a partir da prolação de sentença, consoante dispõe o Enunciado n.º 362, da mesma Corte Superior.

A concessão de indenização por dano moral em valor menor do que aquele pleiteado na inicial não implica em sucumbência, conforme disposto na Súmula 326, do STJ.

Os honorários sucumbenciais devem ser fixados conforme os parâmetros do artigo 20, § 3.º, do CPC/73, e devem ser majorados no caso.

Sentença reformada.

Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 21 de fevereiro de 2017.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Ecidalva Batista Lobo, contra a sentença proferida pelo Juízo da 6.ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, nos autos da ação indenizatória ajuizada contra Capela São Luiz e São Calixto, Igreja Nossa Senhora Auxiliadora e Instituto São Vicente de Paula, julgou improcedentes os pedidos iniciais.

Em seu recurso (f. 418-38), argumenta que o valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), fixado a título de indenização por danos morais, não é suficiente à justa compensação da lesão moral por si suportada, visto que os requeridos contribuíram para o óbito de sua única filha, ainda adolescente.

Afirma que, em relação ao dano material, a pensão mensal deve ser arbitrada até a data de seu óbito ou, ainda, até o dia em que a menor completaria 65 anos, pois sendo a família de baixa renda, presume-se que sua filha contribuiria para o sustento de seus pais, quando tivesse idade para laborar.

Sustenta que a incidência da correção monetária e dos juros de mora deve ter início na data do evento danoso, ou seja, a partir da data do óbito da menor, conforme preconizam os enunciados das Súmulas 43 e 54, do Superior Tribunal de Justiça.

Alega que a fixação de indenização em valor inferior ao pretendido não pode ser entendida como improcedência do pedido inicial, tendo apenas decaído em parte mínima do pedido e não havendo que falar, portanto, em pagamento de honorários de sucumbência ao patrono dos apelados.

Insurge-se contra a verba honorária fixada em 10% sobre o valor da condenação e pleiteia sua majoração para 20%, nos termos do que dispõe o Código de Processo Civil/73.

Pede o provimento do presente recurso para majorar a indenização por danos morais para valor equivalente a 500 salários mínimos vigentes; condenar os apelados ao pagamento de pensão no importe de 1/3 do salário mínimo até seu óbito ou até a data em que a *de cujus* completaria 65 anos de idade; determinar a incidência de juros moratórios e correção monetária a partir do evento danoso; e determinar que os apelados sejam condenados à integralidade do ônus de sucumbência, com a majoração dos honorários advocatícios para 20% sobre o valor da condenação.

Contrarrazões apresentadas às f. 443-54, refutando as alegações recursais e pleiteando o improvimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Conforme se extrai dos autos, na data de 04/10/2008, a Srª. Rosa Lúcia Capra Pastro, na qualidade de catequista, foi até a residência da apelante e pediu permissão para levar sua filha Elaine Batista Lobo, então com 13 anos de idade, a evento religioso que antecederia a primeira eucaristia da infante, o que foi devidamente autorizado.

Junto com outras crianças, dirigiram-se ao Instituto São Vicente, local em que há lagoa devidamente sinalizada, porém, ali a menor Elaine Batista Lobo entrou, se afogou e veio a óbito.

Consoante bem ressaltado na sentença, o caso trata de infração ao dever de vigilância e proteção que a Srª. Rosa Lúcia Capra Castro deveria ter exercido sobre a menor, uma vez que a retirou de sua residência com a permissão de sua genitora e dela deveria cuidar, posto que estava sob sua proteção, pelo que incorreu, portanto, na modalidade de culpa *in vigilando*.

Com a condenação da Arquidiocese de Campo Grande ao pagamento de danos morais no importe de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), acrescido de juros de mora de 1% ao mês e correção monetária (IGPM/FGV) a contar da prolação da sentença, e danos materiais correspondente a 2/3 do salário mínimo referente ao período em que a *de cujus* completaria 14 anos até a data em que faria 25 anos de idade, a genitora Ecidalva Batista Lobo interpôs apelação.

Em suas razões, insurge-se quanto ao valor arbitrado a título de indenização por danos morais e, ainda, contra a pensão fixada até a data em que a menor completaria 25 anos, e pleiteia que a primeira seja majorada para valor correspondente a 500 salários mínimos vigentes, e que a segunda perdure até o momento em que a *de cujus* viria a óbito ou, alternativamente, quando faria 65 anos de idade.

Como cediço, o valor da indenização por danos morais não pode ser exorbitante ao ponto de levar o indenizado a enriquecer-se ilicitamente e não pode ser baixo se comparada às condições apresentadas por aquele que deverá indenizar, visto que tem o intuito de punir e coibir a prática do ato ilícito.

Para fixar o valor da indenização, algumas circunstâncias devem ser levadas em consideração, mormente o caráter compensatório às lesões experimentadas pelo ofendido; os princípios da razoabilidade e proporcionalidade; o caráter sancionador, de forma que a condenação obste que o causador do ilícito reitere a prática lesiva e a participação do agredido, o grau de prejuízo sofrido e as condições econômicas e financeiras tanto do ofensor quanto do ofendido.

In casu, verifica-se que o juiz *a quo*, ao fixar o valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), não ponderou adequadamente os referidos critérios de arbitramento da indenização por dano moral.

Ainda que se invoque a apreciação da razoabilidade e proporcionalidade para a fixação do valor, como bem mencionou a apelada em suas contrarrazões, não existem parâmetros definidos para calcular a dor de perder uma filha.

A análise a ser realizada é basicamente comparativa a outros casos semelhantes já julgados, e observo que a quantia consignada mostra-se incompatível com a natureza do dano sofrido, sua repercussão sobre a apelante e o caráter sancionador da medida.

Nesse intuito, o valor estipulado pela sentença merece ser majorado para R$ 100.000,00 (cem mil reais), o que se adequa às funções que o instituto pretende, conforme já decidiu a jurisprudência pátria em casos similares:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL. MORTE DE FILHO MENOR. DANO MORAL. VALOR EXORBITANTE DA INDENIZAÇÃO. NÃO VERIFICAÇÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. A fixação da indenização por danos morais baseia-se nas peculiaridades da causa. Assim, afastando-se a incidência da Súmula nº 7/STJ, somente comporta revisão por este tribunal quando irrisória ou exorbitante, o que não ocorreu na hipótese dos autos, em que o valor foi arbitrado em R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) em favor dos pais e irmão do menor falecido. 2. Agravo regimental não provido.* (STJ; AgRg-REsp 1.319.170; Proc. 2012/0076459-4; RJ; Terceira Turma; Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva; DJE 03/02/2016).

> *(...) 5. Passando agora à segunda fase, para a fixação definitiva da indenização, partindo do valor básico anteriormente determinado, ajustando-se às circunstâncias particulares do caso, deve-se considerar o evento traumático caracterizado pela morte prematura da vítima, porquanto não natural, em tenra idade, cinco anos, à época dos fatos, reconhecidamente decorrente da negligência do recorrido; a gravidade do fato em si, tendo em vista que a total falta de zelo com a segurança da atividade exercida pelo recorrido acaba por colocar em risco um número indeterminado de pessoas, assim como a condição econômica do ofensor, que, como salientado é empresa de porte econômico considerável na localidade em que oferece seus serviços. Por outro lado, deve ser considerada, para essa fixação, o fato de a genitora da vítima, no momento do acidente, não estar próxima a ela, podendo, nesse passo, significar falta de cuidado. Penso, portanto, deva ser mantida a indenização básica, tornando-se, assim, definitiva, em 250 salários mínimos, equivalentes a R$220.000,00 (duzentos e vinte mil reais).* (REsp 1332366/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10/11/2016, DJe 07/12/2016).

> *(...) 5. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais apenas quando irrisório ou abusivo, circunstâncias existentes no presente caso, apenas no tocante à verba indenizatória arbitrada em benefício da genitora do menor (R$ 83.000,00), que deve ser majorada, com amparo na orientação jurisprudencial desta Corte, para o patamar de R$ 315.200,00 (trezentos e quinze mil e duzentos reais), que é o equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos.* (REsp 1201244/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 05/05/2015, DJe 13/05/2015).

Quanto aos danos materiais, imperiosa a reforma da sentença, pois como já firmou entendimento, o Superior Tribunal de Justiça se posiciona no sentido de que, em casos deste jaez, a pensão deve corresponder a 2⁄3 do salário mínimo até a data em que o menor completaria 25 (vinte e cinco) anos, e a partir daí, reduzida para 1⁄3 do salário até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos, ou até o falecimento da beneficiária.

Tal posicionamento se firma na figura da colaboração recíproca já vastamente aplicada pela jurisprudência pátria, especialmente porque o dano resultado da morte de um (a) filho (a) é presumido e, não obstante o menor não exercer atividade laboral remunerada ou mesmo não contribuir com a renda familiar à época do fato, é assente que especialmente nas famílias mais pobres este mesmo filho futuramente prestaria auxílio.

Eis o entendimento aplicado:

> *(...) 5. No que se refere ao dano material, a orientação do STJ está consolidada no sentido de fixar a indenização por morte de filho menor, com pensão de 2/3 do salário percebido (ou o salário mínimo caso não exerça trabalho remunerado) até 25 (vinte e cinco) anos, e a partir daí, reduzida para 1/3 do salário até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos.*
>
> *6. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte.* (STJ - REsp 1101213 / RJ – Segunda Turma – Rel. Min. Castro Meira – julgado em 02/04/2009).
>
> *CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. MORTE DE FILHO MENOR. FIXAÇÃO DE PENSÃO MENSAL. 1. O pensionamento, no caso de morte de filho menor, é devido aos pais na proporção de 2/3 do salário percebido (ou o salário mínimo quando não exerça trabalho remunerado) até o tempo em que a vítima completaria 25 anos; a partir daí, é reduzido a 1/3 do salário até quando completaria 65 anos. 2. Recurso Especial conhecido e provido.* (STJ; REsp 1.417.342; Proc. 2013/0368982-3; SP; Terceira Turma; Rel. Min. João Otávio de Noronha; DJE 22/08/2016).

> *RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. FALECIMENTO DE MENOR IMPÚBERE VÍTIMA DE AFOGAMENTO EM PISCINA DE CLUBE ASSOCIATIVO. CULPA IN VIGILANDO. RESPONSABILIDADE CONCORRENTE DOS PAIS. NÃO OCORRÊNCIA. PENSIONAMENTO AOS PAIS. FIXAÇÃO DO TERMO FINAL. DATA EM QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 65 ANOS DE IDADE, SOB PENA DE JULGAMENTO ULTRA PETITA, ASSEGURADO O DIREITO DE ACRESCER. RECURSO ESPECIAL DA RÉ DESPROVIDO E PROVIDO PARCIALMENTE O DOS AUTORES. 1. (...) 8. Segundo precedentes deste Tribunal, é devido o pensionamento aos pais, pela morte de filho, nos casos de família de baixa renda, equivalente a 2/3 do salário mínimo ou do valor de sua remuneração, desde os 14 até os 25 anos de idade e, a partir daí, reduzido para 1/3 até a data correspondente à expectativa média de vida da vítima, segundo tabela do IBGE na data do óbito ou até o falecimento dos beneficiários, o que ocorrer primeiro. No caso, tendo os recorrentes formulado pedido apenas para que o valor seja pago até a data em que o filho completaria 65 (sessenta e cinco) anos, o recurso deve ser provido nesta extensão, sob pena de julgamento ultra petita. 9. Cessando para um dos beneficiários o direito ao recebimento da pensão, sua cota-parte será acrescida, proporcionalmente, em favor do outro. 10. Recurso especial da ré desprovido e provido parcialmente o dos autores.* (STJ; REsp 1.346.320; Proc. 2012/0204252-7; SP; Terceira Turma; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; DJE 05/09/2016).

Merece reforma a sentença, também, quanto ao termo inicial de incidência dos juros de mora, conforme determina a súmula 54, do Superior Tribunal de Justiça, já que, configurado o ato ilícito, a responsabilidade civil tratada é a extracontratual.

Acerca da correção monetária, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, nos casos de indenização por dano moral, deve incidir a partir da prolação da sentença, nos moldes previstos pelo enunciado 362, do STJ, veja-se:

> *(...) 3. No caso de responsabilidade extracontratual, a correção monetária dos valores devidos a título de dano material incide da data do efetivo prejuízo. Já quanto aos danos morais, a correção monetária sobre o quantum devido a título de danos morais incide a partir da data do arbitramento (Súmula 362/STJ) e os juros de mora, desde o evento danoso (Súmula 54/STJ). 4. Agravo interno não provido.* (STJ - AgInt no AREsp 846923/RJ – Quarta Turma – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – julgado em 09/08/2016).

Com relação à fixação de sucumbência, assiste razão à apelante, visto que o arbitramento de indenização em valor inferior ao pretendido não caracteriza a sucumbência, o que é pacificamente reconhecido e inclusive sumulado pelo Enunciado 326, do STJ.

Sendo assim, considerando que a apelante decaiu de parte mínima do pedido, nos termos do artigo 20, do Código de Processo Civil/73, deve-se inverter o ônus de sucumbência para condenar a apelada Arquidiocese de Campo Grande ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que, em atenção ao § 3.º de referido dispositivo, e majorar estes para 15% sobre o valor da condenação, atento ao trabalho e à dignidade do causídico, já que a causa demandou instrução probatória, sua natureza e importância exigiram maior trabalho por parte dos advogados.

Pelo exposto, conheço o recurso e a ele dou parcial provimento para reformar a sentença, majorar a indenização por danos morais para R$ 100.000,00 (cem mil reais), alterar a indenização por danos materiais consistente em pensão que deve corresponder a 2⁄3 do salário mínimo a partir do momento em que a menor faria 14 anos até a data em que completaria 25 (vinte e cinco) anos e. a partir daí, reduzida para 1⁄3 do salário até o dia em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos ou até o falecimento da beneficiária, o que antes ocorrer, bem assim alterar o termo inicial de incidência dos juros de mora, que devem fluir a partir do evento danoso, fixar a sucumbência exclusiva da Arquidiocese de Campo Grande, excetuado quanto à improcedência do pedido inicial em relação Missão Salesiana de Mato Grosso, e majorar os honorários advocatícios para 15% sobre o valor da condenação.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 21 de fevereiro de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0800250-71.2011.8.12.0012 - Ivinhema
Relator Des. Marcelo Câmara Rasslan

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OMISSÃO ESTATAL PERANTE A REGULARIZAÇÃO DA CADEIA DO MUNICÍPIO DE IVINHEMA – CONSTATAÇÃO DE IRREGULARIDADES ATESTADAS EM INQUÉRITO CIVIL – RESPONSABILIDADE DO PODER PÚBLICO – PRELIMINARES DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA E ILEGITIMIDADE PASSIVA DA AGEPEN AFASTADAS – CABIMENTO DA INTERVENÇÃO JUDICIAL PARA DETERMINAÇÃO DE MEDIDAS DE IMPLEMENTAÇÃO DE OBRAS E DIRETRIZES DO SISTEMA PENITENCIÁRIO – FIXAÇÃO DA MULTA DIÁRIA – POSSIBILIDADE E RAZOABILIDADE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSOS DESPROVIDOS.

As condições da ação devem ser aferidas *in status assertionis*, ou seja, à luz das afirmações hipotéticas formuladas pelo autor em sua petição inicial.

Ausente a vedação expressa a determinado tipo de providência ou tutela jurisdicional, não há falar no obstáculo da impossibilidade jurídica do pedido.

Verificada a correlação entre as missões institucionais da AGEPEN e a administração do sistema prisional, resta positiva a sua pertinência subjetiva para a demanda.

Segundo a orientação pacífica do STF, é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial.

Deve ser mantido o patamar da multa diária fixada na sentença como reforço ao cumprimento dos comandos judiciais, eis que correlato à obrigação cujo cumprimento foi determinado.

Sentença de procedência mantida.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 21 de fevereiro de 2017.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário - AGEPEN – MS e Estado de Mato Grosso do Sul interpõem recursos de apelação (f. 717-42 e f. 751-75), inconformados com a sentença (f. 685-99) que julgou procedentes os pedidos formulados na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, e que condenou as rés-apelantes nos seguintes termos: a assumirem (obrigação de fazer) a administração da cadeia pública de Ivinhema e custódia dos detentos, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias contados da data da intimação pessoal dos réus, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais); realizarem as obras e instalações definidas no item e.1 da petição inicial se, por ocasião da reforma do prédio da Delegacia Pública local, não foram feitas, no prazo de 180 dias, sob pena de multa diária no mesmo valor; abstenham-se de recolher presos condenados (com ou sem trânsito em julgado da sentença penal condenatória) na unidade, bem como abstenham-se de recolherem presos provisórios em quantidade que ultrapasse a capacidade máxima permitida para a Cadeia Pública, atualmente de 24 (vinte e quatro) vagas, tudo sob pena de multa diária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário - AGEPEN – MS alega preliminar de ilegitimidade passiva e de impossibilidade jurídica do pedido, pois não teria qualquer atribuição para suportar o comando sentencial ou responsabilizar-se pelas obrigações nele sedimentadas e, no mérito, diz que a sentença está fundada em premissas incorretas, revelando-se incabível a intervenção do Poder Judiciário em atos do Poder Executivo, sob pena de ofensa à separação de poderes e ofensa a reserva do possível.

Por sua vez, o Estado de Mato Grosso do Sul alega, em síntese, ser impossível determinação judicial para realização de obras, sob pena de violação à separação de poderes, sustenta a ausência de omissão apta a justificar as reformas determinadas e, por fim, defende a necessidade de exclusão ou redução da multa cominatória ao valor de R$ 100,00 (cem reais).

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela manutenção integral da sentença (f. 821-34).

VOTO

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (Relator)

Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário - AGEPEN – MS e Estado de Mato Grosso do Sul interpõem recursos de apelação (f. 717-42 e f. 751-75), inconformados com a sentença (f. 685-99) que julgou procedentes os pedidos formulados na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, e condenou as rés-apelantes nos seguintes termos: a assumirem (obrigação de fazer) a administração da cadeia pública de Ivinhema e custódia dos detentos, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data da intimação pessoal dos réus, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais); realizarem as obras e instalações definidas no item e.1 da petição inicial se, por ocasião da reforma do prédio da Delegacia Pública local, não foram feitas, no prazo de 180 dias, sob pena de multa diária no mesmo valor; abstenham-se de recolher presos condenados (com ou sem trânsito em julgado da sentença penal condenatória) na unidade, bem como abstenham-se de recolherem presos provisórios em quantidade que ultrapasse a capacidade máxima permitida para a Cadeia Pública, atualmente de 24 (vinte e quatro) vagas, tudo sob pena de multa diária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário - AGEPEN – MS alega preliminar de ilegitimidade passiva e de impossibilidade jurídica do pedido, pois não teria qualquer atribuição para suportar o comando sentencial ou responsabilizar-se pelas obrigações nele sedimentadas e, no mérito, diz que a sentença está fundada em premissas incorretas, revelando-se incabível a intervenção do Poder Judiciário em atos do Poder Executivo, sob pena de ofensa à separação de poderes e ofensa à reserva do possível.

Por sua vez, o Estado de Mato Grosso do Sul alega, em síntese, ser impossível determinação judicial para realização de obras, sob pena de violação à separação de poderes, sustenta a ausência de omissão apta a justificar as reformas determinadas e, por fim, defende a necessidade de exclusão ou redução da multa cominatória ao valor de R$ 100,00 (cem reais).

Conforme verifico dos autos, em síntese, o Ministério Público Estadual aforou ação civil pública originariamente em desfavor do Estado de Mato Grosso do Sul, visando coibir e solucionar as irregularidades verificadas na cadeia pública do Município de Ivinhema. Pautado pela instauração do Inquérito Civil n.º 002/2007, constatou a omissão do Poder Público e da AGEPEN no tocante a situação do cárcere local, desprovido de condições mínimas de subsistência, o que culminou no pedido de obrigação de fazer e responsabilização dos referidos entes em relação à consecução de obras e remanejamento da responsabilidade da guarda e custódia dos presos.

Em ordem de prejudicialidade, afasto as preliminares de ilegitimidade passiva e impossibilidade jurídica arguidas pela AGEPEN (f. 719).

A impossibilidade jurídica do pedido, prevista no CPC/1973, foi inclusive abolida pela Lei n.º 13.105/2.015, tamanha a inocuidade de sua formulação. Mesmo para a doutrina mais antiga e tradicional, somente se verificaria tal expediente quando o ordenamento vedasse expressamente determinado provimento jurisdicional, como sucede, exemplificadamente, com o pedido de usucapião de bem público, literalmente incompossível por força do artigo 102, do Código Civil.

No caso concreto inexiste vedação expressa de propositura de ação civil pública contra a AGEPEN, visando chamar à sua responsabilidade as obrigações que desempenha, razão pela qual não há falar nessa condição negativa da ação.

Outrossim, a legitimidade de parte deve ser aferida *in statu assertionis,* ou seja, à luz da situação hipotética apresentada pelo autor em sua inicial, independentemente da apuração da responsabilidade ou não do réu em relação à causa de pedir, pois que isso configura julgamento atrelado ao mérito e não aos requisitos processuais para o julgamento da demanda.

A AGEPEN se mostra parte subjetivamente pertinente para a lide, conclusão referendada, inclusive, pela jurisprudência desta 1.ª Câmara Cível:

> *A AGEPEN também é responsável pela administração das penitenciárias, cabendo-lhe zelar pelo bom estado dessas e proporcionar condições adequadas de uso dos estabelecimentos prisionais, sendo sua obrigação tomar as medidas necessárias para a satisfatória custódia dos presos, segundo o Decreto-Lei n. 26/79. Destarte, evidente a pertinência subjetiva da demanda (...)* (TJ-MS. Relator(a): Des. Divoncir Schreiner Maran; Comarca: Maracaju; Órgão julgador: 1.ª Câmara Cível; Data do julgamento: 22/02/2016; Data de registro: 14/03/2016).
>
> *A Agência Estadual de Administração do Sistema penitenciário – AGEPEN possui legitimidade passiva para responder ao pedido de interdição de presídio masculino, uma vez que sua missão institucional é administrar o sistema presidiário estadual.*
>
> *Não há falar em impossibilidade jurídica de se buscar a tutela jurisdicional, por meio da ação civil pública, com objetivo de compelir o Estado a cumprir obrigação de fazer.* (TJ-MS. Relator(a): Des. Sérgio Fernandes Martins; Comarca: Caarapó; Órgão julgador: 1.ª Câmara Cível; Data do julgamento: 22/06/2015; Data de registro: 02/07/2015).

Superadas tais preliminares, analiso conjuntamente as demais teses contidas nas razões recursais, observada a identidade de seus argumentos.

Efetivamente não há falar em invasão judicial de políticas administrativas ou violação à separação de poderes e a reserva do possível na hipótese.

De acordo com precedente do eg. Supremo Tribunal Federal, a atribuição de tal incumbência ao Poder Judiciário, ainda que em hipóteses excepcionais, não configura desrespeito ao princípio da separação dos poderes, havendo legitimidade constitucional de controle e de intervenção pelo Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abuso governamental, que implica em negativa de vigência do princípio da dignidade da pessoa humana e do interesse público

Nesse sentido:

> *REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5.º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido.* (RE 592581, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-018 Divulg 29-01-2016 Public 01-02-2016).

> *Custodiado – integridade física e moral – sistema penitenciário – arguição de descumprimento de preceito fundamental – adequação. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no brasil. Sistema penitenciário nacional – superlotação carcerária – condições desumanas de custódia – violação massiva de direitos fundamentais – falhas estruturais – estado de coisas inconstitucional – configuração. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caraterizado como "estado de coisas inconstitucional". Fundo penitenciário nacional – verbas – contingenciamento. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do fundo penitenciário nacional. Audiência de custódia – observância obrigatória. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do pacto dos direitos civis e políticos e 7.5 da convenção interamericana de direitos humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.* (ADPF 347 MC, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Julgado Em 09/09/2015, Processo Eletrônico Dje-031 Divulg 18-02-2016 Public 19-02-2016).

Na hipótese dos autos, à míngua de qualquer prova concreta em sentido contrário, é patente a omissão pública, redundando num insustentável estado de calamidade apto a justificar a correção judicial, não sendo dado ao Poder Público abrigar-se sob o manto perene da reserva do possível para livrar-se dos deveres prestacionais inerentes à sustentação do estado democrático de direito.

Conforme bem destacado na sentença, *"(...) era notória a situação degradante da cadeia pública local, quando da propositura da presente ação. Mais do que ausência de estrutura física adequada, os detentos, provisórios e condenados, que lá se encontravam, não tinham o mínimo existencial. Basta examinar o relatório de vistoria n. 158 do DAEX e as fotografias nele coligidas (f. 54-81), além dos demais documentos colacionados a este feito pelo autor".(...)* (f. 693).

A judicialização de questões administrativas se faz pertinente aqui, para que os requeridos cumpram a função que lhes é exigida pela Constituição da República de garantir a segurança pública.

Aliás, a discricionariedade administrativa não limita a atuação do Poder Judiciário quando a dignidade humana segue violada por ineficiência do Estado nas funções que lhe são pertinentes.

No caso, a instrução probatória é suficiente em demonstrar as diversas ocorrências registradas no local, fatos que deixam os cidadãos expostos à violência e possíveis represálias dos detentos, bem assim deve se garantir tratamento humano e digno aos segregados, cujo único direito tolhido é a liberdade, e não podem permanecer na situação degradante que vivenciam, de modo que, neste caso, a sentença deve ser mantida integralmente.

Finalmente, rejeito o pedido de redução da multa imposta na cominação judicial, revelando-se razoável o montante fixado em R$ 5.000.00 (cinco mil reais), considerada a calamidade pública e ponderada a possibilidade de revisão da penalidade à luz das particularidades do caso concreto, além de certo que ela só incidirá a partir do descumprimento das medidas, após o decurso do prazo para o cumprimento.

Em face do exposto, com o parecer, conheço dos recursos mas a eles nego provimento.

Conclusão de julgamento adiada, em razão do pedido de vista formulado pelo 1º vogal (Des. Lós), após o relator rejeitar as preliminares e negar provimento aos recursos, a 2ª vogal aguarda.

VOTO

O Sr. Des. João Maria Lós. (1º Vogal)

Pedi vistas aos autos para melhor examinar a matéria e, após análise detida dos mesmo, hei por bem acompanhar o e. Relator. Explico.

Cuida-se de Apelações interpostas pelo Estado de Mato Grosso do Sul, Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário - Agepen e Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, em face da sentença de fls. 685/699, que julgou procedentes os pedidos formulados na ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, e condenou as rés-apelantes nos seguintes termos:

A assumirem (obrigação de fazer) a administração da cadeia pública de Ivinhema e custódia dos detentos, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data da intimação pessoal dos réus, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais);

Realizarem as obras e instalações definidas no item e.1 da petição inicial se, por ocasião da reforma do prédio da Delegacia Pública local, não foram feitas, no prazo de 180 dias, sob pena de multa diária no mesmo valor;

Abstenham-se de recolher presos condenados (com ou sem trânsito em julgado da sentença penal condenatória) na unidade, bem como abstenham-se de recolherem presos provisórios em quantidade que ultrapasse a capacidade máxima permitida para a Cadeia Pública, atualmente de 24 (vinte e quatro) vagas, tudo sob pena de multa diária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Pois bem.

Em que pesem os argumentos dos apelantes, *in casu*, não há falar em invasão judicial de políticas administrativas ou violação à separação de poderes e a reserva do possível, já que demonstrada a legitimidade constitucional de controle e de intervenção pelo Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abuso governamental, que implica em negativa de vigência do princípio da dignidade da pessoa humana e do interesse público, conforme os julgados colacionados pelo e. Relator.

In casu, restou configurada a omissão pública, redundando num insustentável estado de calamidade apto a justificar a correção judicial, não sendo dado ao Poder Público abrigar-se sob o manto perene da reserva do possível para livrar-se dos deveres prestacionais inerentes à sustentação do estado democrático de direito.

Desta forma, entendo que a judicialização de questões administrativas se faz pertinente a fim de que os requeridos cumpram a função que lhes é exigida pela Constituição da República de garantir a segurança pública.

Por tais razões, acompanho o e. Relator e, com o parecer, conheço dos recursos porém nego-lhes provimento.

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (2ª Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram as preliminares e negaram provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. João Maria Lós e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 21 de fevereiro de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0801382-44.2013.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COMINATÓRIA – ASSOCIAÇÃO SUL-MATO-GROSSENSE DE OFTALMOLOGIA – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA – OPTOMETRIA – PRÁTICA DE ATOS PRIVATIVOS DE MÉDICO OFTALMOLOGISTA – IMPOSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DO ART. 38 DO DECRETO 20.931/32 – ENTENDIMENTO DO STJ – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Na hipótese, a Associação Sul-mato-grossense de Oftalmologia atua na defesa dos interesses coletivos da categoria exercício ilegal da oftalmologia, como representante, na forma autorizada pelo artigo 5º, XXI, da CF. A apresentação de autorização expressa dos filiados para o ajuizamento da ação supre o defeito em sua representação processual apontado pelo réu e consequentemente, confere-lhe legitimidade para figurar no polo ativo da lide.

É vedado aos optometristas a realização de exames e consultas optométricas, bem como prescreverem a utilização de lentes corretivas, pois atos privativos de médicos, nos termos dos Decretos 20.931/1932 e 20.492/1934. Portaria 397 do Ministério do Trabalho e Emprego que foi além do que previsto na legislação de regência.

Viável a aplicação no caso concreto do art. 38 do Decreto n. 20.931/32 que dispõe sobre a venda judicial dos equipamentos lacrados e apreendidos, revertendo-se o produto da alienação em favor do Tesouro. Hipótese de perdimento legal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso, com o parecer.

Campo Grande, 14 de março de 2017.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Miguel Ribeiro, qualificado nos autos da ação cominatória (feito nº 0801382-44.2013.8.12.0029, da 2ª Vara da Comarca de Naviraí/MS) que lhe promove ASOFT - Associação Sul-mato-grossense de Oftamologia, também qualificado, inconformado com a sentença proferida na origem, interpôs apelação cível.

Afirmou, em síntese, que o Juízo singular incorreu em equívoco ao julgar procedentes os pedidos iniciais *"para o fim de determinar à parte ré que se abstenha de utilizar equipamentos de uso exclusivo de*

médicos, assim como de realizar exames de refração e sobrerefração e adaptação de lentes de contato, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais) por atendimento" (f. 119/130).

Arguiu preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* por entender que a autora não tem poderes para, em nome de alguns associados, promover ações judiciais de caráter privado e de forma individualizada.

Referiu que a apelada, quando ajuizou cominatória em 09/07/2013, não apresentou nenhum documento que lhe legitimasse no direito de ajuizar ação de caráter individual de seus associados. Dispôs que da análise documento juntado às fls.112/113, é possível aferir que a suposta autorização não preenche minimamente os requisitos exigidos pela legislação pátria.

Alegou que o cerne da inicial é a suposta prática de ato ilegal de medicina, neste norte, foge às atribuições da Associação dos Oftalmologistas de MS, a pretensão de se discutir nesta ação a respeito do que seja ato médico, sem que haja a participação do Conselho Regional de Medicina.

Expôs que não se aplica, no caso em epígrafe, o entendimento de que o art. 5º, XXI, da Constituição Federal, que dispõe que *"as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial e extrajudicialmente"*, alcançaria a discussão a respeito do que seja ato médico e exercício ilegal da medicina.

No mérito esclareceu que é profissional Optometrista desde 14/05/2005, graduado pela Universidade do Contestado - UnC, após aprovação em curso de nível superior, reconhecido pelo Ministério da Educação, por delegação deste, através do Conselho Estadual de Educação/SC (UnC - Decreto Estadual/SC nº 1.365, DOESC de 22/01/04), nos termos do diploma carreado às fls.218/219 dos autos n.0800668-84.2013.8.12.0029. .

Mencionou que é incoerente a afirmação do Juízo *a quo* ao dispor que não poderia exercer suas atividades profissionais ante a vigência do Decreto n.º 20.931/32. Aduziu que, vetar o seu direito ao trabalho, sob os argumentos ora objurgados, representa submissão da coisa pública a interesses privados (médicos), pois, apegado a versão viciada da realidade técnico e científica nacional da década de 30, pautando-se em legislação (Decretos 20.931/32 e 24.492/34) já declarada anacrônica e imprestável para o caso .

Sustentou que que o exercício da optometria é livre, lícito e legítimo em nosso país e no restante do mundo, conforme, inclusive, reconhecido não só por nossos Tribunais Superiores, mas também pela Procuradoria Geral da República, Organização Mundial da Saúde, Ministério da Educação, Conselho Nacional de Saúde, Ministério do Trabalho.

Salientou que, haja vista as definições técnicas, bem assim a legislação como posta no País, não é ato médico e, portanto, não é privativo dos profissionais médicos o diagnóstico da capacidade sensorial do olho humano, levada a efeito pelo Optometrista.

Argumentou que o "óptico prático" não pode ser confundido com o Optometrista, pois são profissionais absolutamente diversos, detentores de conhecimentos específicos, cada qual com suas atribuições, complementares é certo, mas inconfundíveis. Ressaltou que, uma vez autorizado, aprovado e homologado um curso superior universitário justamente para formar um profissional qualificado para a atividade 'x", não se pode ter por perigosa sua atuação neste mister.

Asseverou que não há nenhuma legislação em nosso ordenamento jurídico que defina que os equipamentos utilizados pela apelante em suas consultas, sejam de uso exclusivo de médicos. Declarou que a ação da apelada para impedir a atuação do optometrista em estabelecimentos do ramo ótico são vetustas e não mais se ajustam à realidade hodierna, observando que já se encontram ultrapassadas a realidade social atual. Pugnou pelo conhecimento e provimento do apelo.

Devidamente intimada, a parte apelada apresentou contrarrazões ao apelo (f. 194/ 199).

A Procuradoria de Justiça emitiu parecer opinado pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta por Miguel Ribeiro, qualificado nos autos da ação cominatória (feito nº 0801382-44.2013.8.12.0029, da 2ª Vara da Comarca de Naviraí/MS) que lhe promove ASOFT - Associação Sul-mato-grossense de Oftamologia, também qualificado, inconformado com a sentença proferida na origem.

Como relatado, o apelante afirmou, em síntese, que o Juízo singular incorreu em equívoco ao julgar procedentes os pedidos iniciais *"para o fim de determinar à parte ré que se abstenha de utilizar equipamentos de uso exclusivo de médicos, assim como de realizar exames de refração e sobrerefração e adaptação de lentes de contato, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais) por atendimento"* (f. 119/130).

Arguiu preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam* por entender que a autora não tem poderes para, em nome de alguns associados, promover ações judiciais de caráter privado e de forma individualizada.

Referiu que a apelada, quando ajuizou cominatória em 09/07/2013, não apresentou nenhum documento que lhe legitimasse no direito de ajuizar ação de caráter individual de seus associados. Dispôs que da análise documento juntado às fls.112/113, é possível aferir que a suposta autorização não preenche minimamente os requisitos exigidos pela legislação pátria.

Alegou que o cerne da inicial é a suposta prática de ato ilegal de medicina, neste norte, foge às atribuições da Associação dos Oftalmologistas de MS, a pretensão de se discutir nesta ação a respeito do que seja ato médico, sem que haja a participação do Conselho Regional de Medicina.

Expôs que não se aplica, no caso em epígrafe, o entendimento de que o art. 5º, XXI, da Constituição Federal, que dispõe que *"as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial e extrajudicialmente"*, alcançaria a discussão a respeito do que seja ato médico e exercício ilegal da medicina.

No mérito esclareceu que é profissional Optometrista desde 14/05/2005, graduado pela Universidade do Contestado - UnC, após aprovação em curso de nível superior, reconhecido pelo Ministério da Educação, por delegação deste, através do Conselho Estadual de Educação/SC (UnC - Decreto Estadual/ SC nº 1.365, DOESC de 22/01/04), nos termos do diploma carreado às fls.218/219 dos autos n.0800668-84.2013.8.12.0029.

Mencionou que é incoerente a afirmação do Juízo *a quo* ao dispor que não poderia exercer suas atividades profissionais ante a vigência do Decreto n.º 20.931/32. Aduziu que, vetar o seu direito ao trabalho, sob os argumentos ora objurgados, representa submissão da coisa pública a interesses privados (médicos), pois, apegado a versão viciada da realidade técnico e científica nacional da década de 30, pautando-se em legislação (Decretos 20.931/32 e 24.492/34) já declarada anacrônica e imprestável para o caso .

Sustentou que que o exercício da optometria é livre, lícito e legítimo em nosso país e no restante do mundo, conforme, inclusive, reconhecido não só por nossos Tribunais Superiores, mas também pela

Procuradoria Geral da República, Organização Mundial da Saúde, Ministério da Educação, Conselho Nacional de Saúde, Ministério do Trabalho.

Salientou que, haja vista as definições técnicas, bem assim a legislação como posta no País, não é ato médico e, portanto, não é privativo dos profissionais médicos o diagnóstico da capacidade sensorial do olho humano, levada a efeito pelo Optometrista.

Argumentou que o "óptico prático" não pode ser confundido com o Optometrista, pois são profissionais absolutamente diversos, detentores de conhecimentos específicos, cada qual com suas atribuições, complementares é certo, mas inconfundíveis. Ressaltou que, uma vez autorizado, aprovado e homologado um curso superior universitário justamente para formar um profissional qualificado para a atividade "x", não se pode ter por perigosa sua atuação neste mister.

Asseverou que não há nenhuma legislação em nosso ordenamento jurídico que defina que os equipamentos utilizados pela Apelante em suas consultas, sejam de uso exclusivo de médicos. Declarou que a ação da apelada para impedir a atuação do optometrista em estabelecimentos do ramo ótico são vetustas e não mais se ajustam à realidade hodierna, observando que já se encontram ultrapassadas a realidade social atual.

Antes de passar ao exame da matéria devolvida, hei por bem tecer breves comentários acerca de qual o diploma processual incidente na hipótese.

Direito intertemporal – NCPC/2015

Inicialmente cabe esclarecer que, na hipótese em julgamento, afigura-se aplicável integralmente o Novo Código de Processo Civil, já que tanto a publicação/intimação da sentença quanto a interposição do recurso foram realizas na vigência deste novel *Códex*.

Feita esta nota introdutória, passo ao julgamento efetivo do recurso, pela ordem de admissibilidade.

Efeitos legais da apelação e Juízo de admissibilidade

Na hipótese vertente, considerando-se que não subsiste pedido de alteração dos efeitos legais da apelação, a qual detém duplo efeito por força de lei (*caput* do art. 1.012, do CPC), e tendo em vista que se encontram presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do presente recurso e passo à análise de suas razões, por ordem de prejudicialidade.

Preliminar - ilegitimidade ativa *ad causam*.

Aponta o apelante a ilegitimidade ativa da apelada sob fundamento de que no seu estatuto não consta como prerrogativa a propositura de ações judiciais de caráter privado e de forma individualizada e que somente após a contestação e determinação do juízo, a apelada apresentou os documentos de f. 112/113 (autorização dos associados), o qual sequer consta os nomes dos associados da cidade de Navirai-MS. Argumenta, ainda, e que seria ilegítima a utilização da presente ação para a defesa de direito dos associados da Asoft - Associação Sul-mato-grossense de Oftamologia, na medida em que a discussão ultrapassa os interesses elencados no estatuto.

Sem razão o apelante.

Isso porque, em se tratando de representação processual, é perfeitamente possível a determinação de sua regularização no decorrer do andamento dos autos. E sendo apresentada pela apelada a autorização expressa dos associados médicos que se sentiram lesados, a irregularidade apontada pelo apelante acabou por se esvaziar.

Importa ressaltar que o fato de não constar na autorização de f. 320/321-apenso, o endereço de cada associado, a fim de comprovar que residem na cidade de Naviraí-MS, não implica em irregularidade, até porque, a exigência é de autorização expressa dos filiados que se sentirem prejudicados, pouco importando onde residem e exercem sua profissão.

Também é desnecessária a autorização de todos os filiados de determinada associação para propositura de ação judicial, uma vez que, em se tratando de ação individual, basta a autorização daqueles que se sentirem prejudicados, inexistindo qualquer vedação nesse sentido.

Em caso análogo, já se decidiu este Tribunal:

> *EMENTA APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO CAUTELAR INOMINADA ASSOCIAÇÃO SUL-MATO-GROSSENSE DE OFTALMOLOGIA INTERESSE INDIVIDUAL REGULARIZAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DESNECESSÁRIA AUTORIZAÇÃO DE TODOS OS FILIADOS ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL CAUTELAR SATISFATIVA PRELIMINAR ACOLHIDA EXTINÇÃO DO FEITO ANÁLISE DAS DEMAIS MATÉRIAS PREJUDICADAS INVERSÃO ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*
>
> *Desnecessária a autorização de todos os filiados de determinada associação para propositura de ação judicial, uma vez que, em se tratando de ação individual, basta a autorização daqueles que se sentirem prejudicados, inexistindo qualquer vedação nesse sentido. (...)* (TJMS AC nº 0017149-81.2009.8.12.0002 Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel 07/10/2014)

A alegação de que o objetivo da presente ação foge às atribuições da Associação dos Oftalmologistas de MS, também não merece ser acolhido. É que, a despeito da argumentação apresentada, o que se observa na hipótese é que a Associação apelada atua na defesa dos interesses coletivos da categoria exercício ilegal da oftalmologia, como representante, na forma autorizada pelo artigo 5º, XXI, da CF.

Por fim, o argumento de que não não se aplica, no caso em epígrafe, o entendimento disposto no art. 5º, XXI, da Constituição Federal, de que "*as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial e extrajudicialmente*", também não pode prevalecer.

No hipótese dos autos, a Asoft - Associação Sul-mato-grossense de Oftalmologia ajuizou a presente Ação Cominatória na Comarca de Naviraí/MS, em face da pessoa jurídica Ótica Stylus e seu optometrista Miguel Ribeiro, objetivando ordem judicial para que os requeridos se abstenham da prática do exame de refração e ou sobrerrefração e adaptação de lentes de contato, sob pena de multa diária

Sendo assim, indene de dúvidas que a sua pretensão se enquadra na previsão contida no art. 5º, XXI, da CF/88 - ajuizamento de ação individual, na defesa dos direitos pessoais dos membros (representação processual)-, exigindo, por isso, autorização dos associados para a atuação judicial.

Nesse sentido, inclusive já me decidi em caso análogo:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COMINATÓRIA – ASSOCIAÇÃO DE OFTALMOLOGISTAS – PRETENSÃO DE IMPELIR ÓTICA E SEU OPTOMETRISTA A NÃO REALIZAREM EXAME DE REFRAÇÃO E ADAPTAÇÃO DE LENTES DE CONTATO – AÇÃO INDIVIDUAL PROMOVIDA EM REPRESENTAÇÃO DOS ASSOCIADOS PREJUDICADOS – NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DOS TITULARES DO DIREITO – ART. 5º, XXI, DA CF/88 – ILEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. I. A substituição processual (legitimação extraordinária) e a representação processual distingue-se porque, nesta,*

> *o representante age em nome do representado, na defesa de direito alheio, integrando assim, a capacidade jurídica, ao passo que, naquela, o substituto é parte da relação processual e portanto, age em nome próprio pleiteando direito alheio. II. Tratando-se de ação individual, em representação de associados, o art. 5º, XXI, da Constituição Federal exige da Associação uma autorização expressa do titular do direito, para que a entidade o represente judicialmente, não bastando apenas previsão estatutária. III. Tal exigência, antes de negar à Associação o acesso à justiça, para a defesa dos interesses de seus associados, assegura aos titulares associados, que a atuação da entidade associativa não lhes cause eventual prejuízo, pela formação da coisa julgada sobre seus direitos individuais. IV. Inexistindo a aludida autorização dos titulares do direito defendido em juízo, carece a Associação de legitimidade ativa para atuar na ação individual.* (Apelação Cível - Ordinário - N. 2012.002546-3/0000-00 - Sidrolândia. Relator - Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. Terceira Câmara Cível – 6.3.2012).

E constando nos autos a autorização expressa dos associados (f. 320/321- apenso), a rejeição da preliminar de ilegitimidade ativa é medida que se impõe.

Mérito

Conforme relatado, a apelada ajuizou a presente ação para impedir o apelante de praticar a adaptação de lentes de contato, a realização de exames de refração, de vistas ou testes de visão, a prescrição de lentes de grau e a utilização de equipamentos médicos, porquanto são atos privativos de médicos oftalmologistas, vedados aos Técnicos em Óptica e Optometria, nos termos dos Decretos n.º 20.931/32 e 24.492/34.

Segundo o art. 3º do Decreto n.º 20.931/32 - que regula o exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira, que tem por força de lei por ter sido editado pelo Governo Provisório:

> *Os optometristas, práticos de farmácia, massagistas e duchistas estão tambem sujeitos à fiscalização, só podendo exercer a profissão respectiva se provarem a sua habilitação a juízo da autoridade sanitária.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 38 - É terminantemente proibido aos enfermeiros, massagistas, optometristas e ortopedistas a instalação de consultórios para atender clientes, devendo o material aí encontrado ser apreendido e remetido para o depósito público, onde será vendido judicialmente a requerimento da Procuradoria dos leitos da Saúde Pública e a quem a autoridade competente oficiará nesse sentido. O produto do leilão judicial será recolhido ao Tesouro, pelo mesmo processo que as multas sanitárias.*
>
> *Art. 39 - É vedado às casas de ótica confeccionar e vender lentes de grau sem prescrição médica, bem como instalar consultórios médicos nas dependências dos seus estabelecimentos.* (Grifou-se).

Já o Decreto n.º 24.492/34 trata da venda de lente de grau:

> *Art. 13 - É expressamente proibido ao proprietário, sócio gerente, ótico prático e demais empregados do estabelecimento, escolher ou permitir escolher, indicar ou aconselhar o uso de lentes de grau, sob pena de processo por exercício ilegal da medicina, além das outras penalidades previstas em lei.*
>
> *Art. 14 - O estabelecimento de venda de lentes de grau só poderá fornecer lentes de grau mediante apresentação da fórmula ótica de médico, cujo diploma se ache devidamente registrado na repartição competente.*

Art. 15 - Ao estabelecimento de venda de lentes de grau só é permitido, independente da receita médica, substituir por lentes de grau idêntico aquelas que forem apresentadas danificadas, vender vidros protetores sem grau, executar concertos nas armações das lentes e substituir as armações quando necessário.

Art. 16 - O estabelecimento comercial de venda de lentes de grau não pode ter consultório médico, em qualquer de seus compartimentos ou dependências, não sendo permitido ao médico sua instalação em lugar de acesso obrigatório pelo estabelecimento.

§ 1º - É vedado ao estabelecimento comercial manter consultório médico mesmo fora das suas dependências; indicar médico oculista que dê aos seus recomendados vantagens não concedidos aos demais clientes e a distribuir cartões ou vales que deem direito a consultas gratuitas, remuneradas ou com redução de preço.

§ 2º - É proibido aos médicos oftalmologistas, seja por que processo for, indicar determinado estabelecimento de venda de lentes de grau para o aviamento de suas prescrições.

Art. 17 ***- É proibida a existência de câmara escura no estabelecimento de venda de lentes de grau, bem assim ter em pleno funcionamento aparelhos próprios para o exame dos olhos, cartazes e anúncios com oferecimento de exame da vista.*** (Grifou-se).

É certo que a ocupação de Técnico em Óptica e Optometria consta do item 3223-05 da Classificação Brasileira de Ocupações – CBO, editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego na Portaria n.º 397/02, verbis:

Realizam exames optométricos; confeccionam lentes; adaptam lentes de contato; montam óculos e aplicam próteses oculares. Promovem educação em saúde visual; vendem produtos e serviços ópticos e optométricos; gerenciam estabelecimentos. Responsabilizam-se tecnicamente por laboratórios ópticos, estabelecimentos ópticos básicos ou plenos e centros de adaptação de lentes de contato. Podem emitir laudos e pareceres ópticos-optométricos.

E as suas áreas de atividades estão assim descritas:

Realizar Exames Optométricos – Medir acuidade visual. Analisar estruturas externas e internas do olho. Medir pressão intra-ocular (tonometria). Identificar deficiências e anomalias relacionadas às alterações da função visual. Encaminhar casos patológicos. a médicos. Medir refração ocular (refratometria e retinoscopia). Determinar compensações e auxílios ópticos.

Adaptar Lentes De Contato – Fazer avaliação lacrimal. Definir tipo de lente. Calcular parâmetros das lentes. Selecionar lentes de teste. Colocar lentes de teste no olho. Combinar uso de lentes (sobre-refração). Avaliar adapatação da lente. Retocar lentes de contato. Recomendar produtos de assepsia. Executar revisões de controle da adapatação de lentes de contato. Medir córnea (queratometria. topografia)

Confeccionar Lentes – Intrerpretar ordem de serviço. Fundir materiais orgânicos e minerais. Escolher materiais orgânicos e minerais. Separar insumos e ferramentas. Projetar lentes (curvas. espessura. prismas). Blocar materiais orgânicos e minerais. Usinar materiais orgânicos e minerais. Dar acabamento às lentes. Adicionar tratamentos às lentes (endurecimento. anti-reflexo. coloração. hidratação e filtros). Aferir lentes. Retificar lentes.

> *Montar Óculos e Auxílios Ópticos – Marcar centro óptico e linha de montagem das lentes. Elaborar gabaritos ópticos. Modelar lentes. Lapidar lentes. Encaixar lentes na armação. Alinhar óculos e outros auxílios ópticos (tele sistemas, equipamentos de aferição óptica). Conferir montagem dos óculos e auxílios ópticos. Confeccionar óculos de segurança*
>
> *Aplicar Próteses Oculares – Analisar cavidade orbitária. Moldar cavidade orbitária. Determinar características da prótese (diâmetro de pupila e íris, tamanho, cor, etc.). Confeccionar prótese ocular. Ajustar prótese ocular. Fotografar rosto do cliente. Readaptar prótese*
>
> *Promover Educação em Saúde Visual – Assessorar órgãos públicos na promoção da saúde visual. Ministrar palestras e cursos. Participar na promoção de campanhas de saúde visual. Auxiliar o cliente na reeducação visual. Formar grupos multiplicadores de educação em saúde visual.*
>
> *Vender Produtos e Serviços Ópticos eOptométricos – Detectar necessidades do cliente. Interpretar prescrição. Assistir cliente na escolha de armações e óculos solares. Indicar tipos de lente. Coletar medidas complementares (distância naso-pupilar, altura do centro óptico, distância do vértice, etc.). Ajustar óculos em rosto de cliente. Consertar auxílios ópticos. Calibrar equipamentos ópticos e optométricos.*
>
> *Gerenciar Estabelecimento – Organizar local de trabalho. Gerir recursos humanos. Preparar ordem de serviço. Gerenciar compras e vendas. Controlar estoque de mercadorias e materiais. Controlar qualidade de produtos e serviços. Administrar finanças. Providenciar manutenção do estabelecimento.*
>
> *Comunicar-se – Fazer anamnese. Manter registros de cliente. Enviar ordem de serviço a laboratório. Orientar cliente sobre uso e conservação de auxílios ópticos e próteses oculares. Orientar família de cliente. Emitir laudos e pareceres. Orientar na ergonomia da visão. Solicitar exames e pareceres de outros especialistas.*

Ocorre que a aludida Portaria, que descreve, no item 3223-05 da Classificação Brasileira de Ocupações, as atividades dos optometristas, contudo, não é instrumento adequado para regular o exercício de profissão. Tal é matéria submetida ao princípio da reserva legal.

Aliás, em consulta ao Portal do Trabalho e Emprego, consta a informação de que a Classificação Brasileira de Ocupações – CBO tem fins meramente enumerativo e descritivo *"sem função de regulamentação profissional"*.

Assim, o fato de a Portaria n.º 397/02 do Ministério do Trabalho e Emprego prever a realização de exames optométricos e a prescrição de compensação e de auxílios ópticos pelos Técnicos em Óptica e Optometria não faculta a prática por esses profissionais das referidas atividades, porquanto ainda vigentes as disposições dos Decretos n.º 20.931/32 e 24.492/34, já que o Decreto n.º 99.678/90, o qual os revogara, foi suspenso em razão do julgamento da ADI 533-2/MC por vício de inconstitucionalidade formal.

Neste sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> *ADMINISTRATIVO. OPTOMETRISTAS. LIMITES DO CAMPO DE ATUAÇÃO. VIGÊNCIA DOS DECRETOS 20.931/1932 E 24.492/1934. VEDAÇÃO DA PRÁTICA DE ATOS PRIVATIVOS DE MÉDICOS OFTALMOLOGISTAS. PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO 397/2002. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL RECONHECIDA PELO STF.*

1. Cinge-se a controvérsia aos limites do campo de atuação dos optometristas e de eventuais excessos ou interferências indevidas de suas atividades com as próprias e exclusivas de médicos oftalmologistas, considerado o que dispõem os Decretos 20.931, de 11.1.1932, e 24.492, de 28 de junho de 1934, que regulam e fiscalizam o exercício da medicina.

2. Ressalte-se, desde logo, que tais diplomas continuam em vigor. Isso porque o ato normativo superveniente que os revogou (art. 4º do Decreto 99.678/1990) foi suspenso pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 533-2/MC, por vício de inconstitucionalidade formal.

3. A Portaria 397/2002 do Ministério do Trabalho e Emprego é parcialmente inconstitucional, uma vez que extrapolou a previsão legal ao permitir que os profissionais optométricos realizem exames e consultas, bem como prescrevam a utilização de óculos e lentes.

4. Desse modo, tenho por correto o posicionamento adotado pela instância ordinária, ao impor aos profissionais, ora recorridos, a obrigação de não praticar atos privativos dos médicos oftalmologistas, tais como adaptar lentes de contato e realizar exames de refração, ou de vistas, ou teste de visão (fl. 572-573, e-STJ).

5. Recurso Especial provido, para restabelecer a sentença de primeiro grau. (REsp 1261642/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, DJe 03/06/2013)

ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEFESA COLETIVA DE CONSUMIDORES - OPTOMETRISTAS - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA -VERIFICAÇÃO DA RECEPÇÃO MATERIAL DE NORMA PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988 - INVIABILIDADE - VIGÊNCIA DO DECRETO 20.931/1932 EM RELAÇÃO AO OPTOMETRISTA - PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO 397/2002 - INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL.

1. Não ocorre ofensa aos arts. 165, 458 e 535 do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. É inviável, em recurso especial, a verificação quanto à recepção material de norma pela Constituição de 1988, pois reforge à competência deste Tribunal Superior, uma vez que possui nítido caráter constitucional. Precedentes do STJ.

3. Estão em vigor os dispositivos do Decreto 20.931/1932 que tratam do profissional de optometria, tendo em vista que o ato normativo superveniente que os revogou (Decreto 99.678/90) foi suspenso pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 533-2/MC, por vício de inconstitucionalidade formal.

4. A Portaria 397/2002 do Ministério do Trabalho e Emprego é parcialmente inconstitucional, uma vez que extrapolou a previsão legal ao permitir que os profissionais optométricos realizem exames e consultas, bem como prescrevam a utilização de óculos e lentes.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp 1169991/RO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 04/05/2010, DJe 13/05/2010)

Importa ressaltar que o fato de existir curso superior de optometria, reconhecido pelo MEC, confere ao requerido a comprovação de que se formou em optometria, mas não lhe garante o registro em Conselho Regional ou Federal de Medicina e, tampouco, o habilita para a prática de atos profissionais médicos.

Quanto à Portaria n. 2.948/03, do Ministério da Educação, suscitada no apelo, tenho que a mesma não é aplicável ao caso vertente porque foi ela expedida pelo Ministro da Educação para reconhecer o curso superior de Tecnologia em Optometria, ministrado pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA, nos anos letivos de 1997 a 2002 e no primeiro semestre de 2003 (in ROMS 26.199-8/DF, rel. Min. Carlos Ayres Brito), que não é o caso do apelante.

Registre-se, ainda, que o fato de serem vedadas determinadas práticas aos Técnicos em Óptica e Optometria não configura violação do princípio de livre exercício profissional, previsto no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República, porquanto autorizado o exercício da profissão nos termos da lei que a regulamenta.

Assim, nesse aspecto, não merece reparos a sentença de primeiro grau.

Da apreensão dos equipamentos

Por fim, deve ser mantida a aplicação ao caso concreto, do art. 38 do Decreto n. 20.931/32 (venda judicial dos equipamentos lacrados e apreendidos). Isto porque ficou definido que os materiais objeto da apreensão e lacre nos autos em apenso são instrumentos de realização de atos médicos, de uso proibido aos optometristas.

Dispõe o indigitado artigo 38 do Decreto n. 20.931/32:

> *É terminantemente proibido aos enfermeiros, massagistas, optometristas e ortopedistas a instalação de consultórios para atender clientes, devendo o material aí encontrado ser apreendido e remetido para o depósito público, onde será vendido judicialmente a requerimento da Procuradoria dos leitos da Saúde Pública e a quem a autoridade competente oficiará nesse sentido. O produto do leilão judicial será recolhido ao Tesouro, pelo mesmo processo que as multas sanitárias.*

Destarte, viável a venda dos bens apreendidos, realizar-se à luz do dispositivo supra, ou seja, com o produto da venda revertido ao Tesouro, nos mesmos moldes do processo de multas sanitárias.

Sucumbência recursal

A sucumbência recursal é um dos novos institutos concebidos pelo vigente CPC, que, expressamente, dispõe:

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

O parágrafo acima transcrito encontra-se em sintonia com o art. 85, § 1º do mesmo *Codex*, que diz que *"são devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente"*. Destaquei.

Ao comentar referido instituto, José Miguel Garcia Medina esclarece que a *"condenação ao pagamento de honorários independe de pedido"*. *"A condenação ao pagamento de verba honorária deve*

ser fixada ex officio pelo juiz: "A determinação constante do art. 20 [do CPC/1973, correspondente ao art. 85, § 17 do CPC/2015], para que o órgão judicial fixe a sucumbência devida pela parte vencida, importa em que deve fazê-la de ofício, sem necessidade de provocação" (STJ, REsp 237.449/SP, 4ª T., rel. Min. Aldir Passarinho Junior). (Medina, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973 / José Miguel Garcia Medina. – 4. Ed. rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 186).

Ainda sobre a matéria, pertinente outra lição doutrinária:

> *(...) o NCPC invoca ao prever a fixação de honorários advocatícios na fase recursal. O dispositivo estabelece que o tribunal, ao julgar o recurso, fixará nova verba honorária advocatícia, atento aos parâmetros dos §§2º e 6º, e o limite total para a fase de conhecimento.*
>
> *Esse dispositivo busca atingir duas finalidades. A primeira delas consiste na tentativa de impedir recursos infundados e protelatórios, pois a parte que desta forma agir sofrerá imposições pecuniárias adicionais. De outro lado, quer-se que haja a remuneração gradativa do trabalho do advogado.*
>
> *A regra, portanto, apresenta dúplice caráter, tanto punitivo, quanto remuneratório.* (WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo/coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. 1ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, pág. 168).

Assim, infere-se que 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.

Acerca da matéria, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou os Enunciados nº 241, 242 e 243, *in verbis*:

> *Enunciado n. 241 do FPPC: Os honorários de sucumbência recursal serão somados aos honorários pela sucumbência em primeiro grau, observados os limites legais.*
>
> *Enunciado n. 242 do FPPC: Os honorários de sucumbência recursal são devidos em decisão unipessoal ou colegiada.*
>
> *Enunciado n. 243 do FPPC: No caso de provimento do recurso de apelação, o tribunal redistribuirá os honorários fixados em primeiro grau e arbitrará os honorários de sucumbência recursal.*

No caso dos autos, conforme alhures mencionado, como a decisão recorrida foi publicada sob a égide da Lei nº 13.105/2015 (novo CPC), impõe-se arbitrar a sucumbência recursal, o que, inclusive, é ratificado pelo enunciado administrativo nº 7, ao estabelecer que "*Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC*".

A sentença recorrida considerou a parte demandada, ora apelante, como sucumbente, diante da procedência dos pedidos iniciais e arbitrou os honorários advocatícios em R$ 1.000,00 (mil reais), com fulcro nos §§ 2º e 8º do art. 85 do CPC/15.

Diante deste cenário, considerando que o presente recurso não merece provimento, incumbe arbitrar honorários advocatícios pelo trabalho realizado pelo advogado da parte apelada nesta fase recursal, que se

limitou à apresentação de resposta ao recurso do autor (f. 178-188), 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 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, cujo importe deve ser arcado pelo apelante.

Dispositivo

Ante o exposto, com o parecer, conheço do recurso de apelação interposto por Miguel Ribeiro, mas nego-lhe provimento.

Por consequência, à luz do que dispõe o §11º do art. 85 do vigente CPC, condeno o apelante ao pagamento de honorários advocatícios, ante a sucumbência recursal evidenciada, que arbitro em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar e, no mérito, negaram provimento ao recurso, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Eduardo Machado Rocha e Des. Nélio Stábile.

Campo Grande, 14 de março de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0816841-73.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ESTAÇÃO DE RÁDIO-BASE (ERB) – LICENÇAS AMBIENTAIS – EXPOSIÇÃO HUMANA – COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DE AUTORIDADE FEDERAL – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE POTENCIALIDADE LESIVA – DANOS MORAIS COLETIVOS INDEVIDOS – RECURSO CONHECIDO E, CONTRA O PARECER, NÃO PROVIDO.

A Lei Estadual em que se baseia o requerente (Lei 3.365/2007) foi revogada pela Lei Estadual nº 672/2015, que, em conformidade com a Lei Federal 13.116/2015, deixou a cargo da União a regulamentação e fiscalização, por meio da Anatel, das estações de rádio base, no tocante à exposição humana. Logo, os pedidos efetuados no tocante à obrigação de fazer e não fazer não possuem amparo legal, devendo, portanto, serem julgados improcedentes, pois não há obrigatoriedade de licenciamento ambiental no âmbito estadual e municipal como requerido na inicial.

Diante da ausência de comprovação de potencialidade lesiva das estações de rádio-base aptas a causar danos, não há falar em dano extrapatrimonial coletivo indenizável. Sentença mantida na íntegra.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, contra o parecer.

Campo Grande, 7 de março de 2017.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, qualificado nos autos da ação civil pública (feito nº 0816841-73.2013.8.12.0001, da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande/MS) que promove em desfavor da Vivo S.A., também qualificada, inconformada com a sentença de improcedência proferida na origem, interpôs o presente recurso de apelação cível.

Afirmou, em síntese, que o juízo singular incorreu em equívoco ao confundir licenciamento administrativo da atividade, o qual deve, de fato, ser de competência e atribuição da Anatel com o licenciamento ambiental, que a despeito de simplificado e integrado, deve ocorrer e foi devidamente mantido pela legislação atual (Lei Federal nº 13.116/2015, art. 7º, § 10º).

Referiu que a Lei Estadual nº 4.672/2015 estabeleceu capítulo próprio destinado ao licenciamento das ERB´s – Estação de Rádio Base - (art. 9º)

Dispôs que tanto o Estado quanto o Município são competentes, ainda que de forma concorrente ou suplementar, para promover a proteção ambiental seja ela material, por meio de atos administrativos, seja ela abstrata, por meio de atuação legislativa.

Alegou que a Lei n. 6.938/81 determina através do seu artigo 10, que a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

Sustentou que se vislumbrando um risco ambiental, ainda que potencial, originado das ERBs, o licenciamento é medida que haverá de ser respeitada como forma da sociedade acautelar-se quanto à possibilidade de degradar-se o meio ambiente e, por consequência, a saúde Humana.

Expôs que a própria Lei Estadual nº 4.672/2015, que disciplina a instalação das estações de rádio base, determina que a instalação depende de licença ambiental, prevendo tão somente um procedimento mais simplificado.

Esclareceu que o próprio Termo de Cooperação Técnica nº 02/2015 firmado entre Município de Campo Grande e Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul (IMASUL), previu como atividade potencialmente poluidora sujeita a licenciamento pelo Município a estação de rádio base.

Mencionou que as concessionárias de serviço de telefonia móvel submetem-se também à legislação ambiental, bem como às normas de urbanismo e às leis relativas à construção civil municipal, pois não são dotadas de privilégios ou imunidades no tocante a tais obrigações, do contrário, isso constituiria patente violação ao princípio constitucional da isonomia, pois tratam de assunto de interesse local, o qual está inserto em sua esfera de competência, consoante dicção do art. 30, I e II, da Carta Magna.

Prequestionou, para fins de eventual recurso às Instâncias Superiores, a aplicação e a interpretação do artigo 225, § 1º, IV e V, e § 3º, da Constituição Federal, arts. 4º, incisos I, IV e VII, 14, § 1º, da Lei 6.938/81, e art. 1º, incs. I, II, IV e VI, da Lei nº 7.347/1985, cujas disposições não foram obedecidas nos termos acima expostos.

Ao final requereu o provimento do presente recurso de apelação, de forma a condenar a ora recorrida na obrigação de se abster de instalar e/ou operar as Estações de Rádio Base de Telefonia Móvel Celular nesta capital, sem a obtenção de licença ambiental expedida pelo órgão competente.

Às fls. 1343-1374 foram apresentadas contrarrazões ao recurso de apelação, pugnando-se pela manutenção integral da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso para que a sentença seja reformada, de forma a condenar a apelada na obrigação de se abster de instalar e/ou operar as Estações de Rádio Base, nesta capital, sem a obtenção de licença ambiental.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação cível interposta pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, qualificado nos autos da ação civil pública (feito nº 0816841-73.2013.8.12.0001, da 1ª Vara de

Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande/MS) que promove em desfavor da Vivo S.A., também qualificada, em face da sentença de improcedência proferida na origem.

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.

Do mérito

Observa-se dos autos que o Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública em desfavor da Vivo S/A pretendendo que a requerida seja obrigada: a promover o licenciamento ambiental da operação das Estações de Rádio Base de Telefonia Móvel Celular, localizadas em Campo Grande-MS (conforme planilha contida nos autos de IC que instruem a presente ação civil pública), observando todas as condicionantes, exigências e prazos estipulados pelo órgão ambiental no curso do processo de licenciamento; não realizar a instalação ou a operação de Estações de Rádio Base de Telefonia Móvel Celular nesta comarca de Campo Grande-MS sem obter, antes, a licença ambiental regularmente expedida pelo órgão competente autorizando, respectivamente, a instalação ou a operação do aludido equipamento; indenizar os danos extrapatrimoniais coletivos (danos morais coletivos).

Sobreveio a sentença de improcedência dos pedidos inicial (fl. 1304/1312), sob o argumento, em síntese, de que a Lei Estadual em que se baseia o pedido inicial (Lei 3.365/07) foi revogada pela Lei Estadual 4.672/2015, que, em conformidade com a Lei Federal 13.116/2015, deixou a cargo da União a regulamentação e fiscalização, por meio da Anatel, das estações de rádio base, no tocante à exposição humana.

A sentença deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

O art. 4º da Lei n. 13.116/2015, que estabelece normais gerais para implantação e compartilhamento da infraestrutura de telecomunicações e altera as Leis n. 9.472, de 16/7/1997; 11.934, de 5/5/2009 e 10.257, de 10/7/2001, dispõe:

> *Art. 4 o A aplicação das disposições desta Lei rege-se pelos seguintes pressupostos:*
>
> *(...).*
>
> *II - a regulamentação e a fiscalização de aspectos técnicos das redes e dos serviços de telecomunicações é competência exclusiva da União, sendo vedado aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal impor condicionamentos que possam afetar a seleção de tecnologia, a topologia das redes e a qualidade dos serviços prestados;*

Desse modo, como bem destacado pelo magistrado singular, a exigência do licenciamento ambiental pela Lei Estadual n. 3.365/2007 fere a Lei Federal n. 13.116/2015, porquanto a competência para a regulamentação e fiscalização de aspectos técnicos das redes e dos serviços de telecomunicações exclusiva da União.

A propósito, preceituam os arts. 5º e 7º da Lei n. 13.116/2015:

> *Art. 5º O licenciamento para a instalação de infraestrutura e de redes de telecomunicações em área urbana obedecerá ao disposto nesta Lei e será pautado pelos seguintes princípios:*
>
> *I - razoabilidade e proporcionalidade;*

> *II - eficiência e celeridade;*
>
> *III - integração e complementaridade entre as atividades de instalação de infraestrutura de suporte e de urbanização;*
>
> *IV - redução do impacto paisagístico da infraestrutura de telecomunicações, sempre que tecnicamente possível e economicamente viável.*
>
> *(...).*
>
> *Art. 7º As licenças necessárias para a instalação de infraestrutura de suporte em área urbana serão expedidas mediante procedimento simplificado, sem prejuízo da manifestação dos diversos órgãos competentes no decorrer da tramitação do processo administrativo.*

Logo, não se admite que o Estado de Mato Grosso do Sul e o Município de Campo Grande passem a legislar em desacordo com a Lei Federal n. 13.116/2015, fazendo exigências que não se encontram disciplinadas na lei federal.

A referida Lei estabelece que o licenciamento deve-se restringir à infraestrutura de suporte, sendo que, os limites quanto à exposição humana aos campos magnéticos, elétricos e eletromagnéticos, são de competência federal, *ex vi* dos arts. 18 e 19 da referida lei, *in verbis:*

> *Art. 18. As estações transmissoras de radiocomunicação, incluindo terminais de usuários, deverão atender aos limites de exposição humana aos campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos estabelecidos em lei e na regulamentação específica.*
>
> *§ 1° A fiscalização do atendimento aos limites legais mencionados no caput é de competência do órgão regulador federal de telecomunicações.*
>
> *§ 2° Os órgãos estaduais, distritais ou municipais deverão oficiar ao órgão regulador federal de telecomunicações no caso de eventuais indícios de irregularidades quanto aos limites legais de exposição humana a campos elétricos, magnéticos e Eletromagnéticos.*
>
> *Art. 19 A avaliação das estações transmissoras de radiocomunicação deve ser efetuada por entidade competente, que elaborará e assinará relatório de conformidade para cada estação analisada, nos termos da regulamentação específica.*
>
> *§ 1° O relatório de conformidade deve ser publicado na internet e apresentado por seu responsável, sempre que requisitado pelas autoridades competentes.*
>
> *§ 2° As estações devidamente licenciadas pela Anatel que possuírem relatório de conformidade adequado às exigências legais e regulamentares não poderão ter sua instalação impedida por razões relativas à exposição humana a radiação não ionizante.*

Em razão da edição pela União da norma supramencionada, o Estado de Mato Grosso do Sul editou a Lei Estadual 4.672/2015, dispondo sobre as diretrizes urbanísticas para a instalação de infraestrutura de suportes das estações rádio base e equipamentos afins no âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, deixando claro em seu art. 4°, a competência da Anatel para fiscalizar os limites de exposição humana decorrentes das estações de rádio base:

> *Art. 4º As Estações Rádio Base deverão atender aos limites de exposição humana aos campos elétricos, magnéticos ou eletromagnéticos estabelecidos pela Lei Federal nº 11.934, de 5 de maio de 2009, nos termos da regulamentação expedida pelo respectivo órgão regulador federal.*

> *Parágrafo único. A fiscalização do atendimento aos limites referidos no caput deste artigo, bem como a aplicação das eventuais sanções cabíveis, serão efetuadas pela Agência Nacional de Telecomunicações, nos termos dos artigos 11 e 12 da Lei Federal nº 11.934, de 5 de maio de 2009.*

Estabeleceu ainda, a citada Lei Estadual, que as licenças necessárias para a instalação de infraestrutura de suporte em área urbana serão expedidas por meio de procedimento simplificado. No seu art. 17, estabeleceu ainda a referida norma, que restaram revogadas todas as disposições em contrário. Logo, resta evidente que a Lei Estadual na qual se baseia o *parquet* foi revogada pela Lei Estadual nº 4.672/2015, que, em conformidade com a Lei Federal nº 13.116/2015, deixou a cargo da União a regulamentação e fiscalização, por meio da Anatel, das estações de rádio base, no tocante à exposição humana.

Conforme o Ministério Público, ora apelante, o licenciamento ambiental exigido para a instalação e operação de ERBs se faz necessário para que haja o controle ambiental dos níveis de radiação emitidos pelos equipamentos, pois as ondas eletromagnéticas são potencialmente, lesivas à saúde humana e, inexistindo estudos definitivos a respeito da irrelevância dos efeitos da radiação, há de prevalecer o que orienta o princípio da prevenção.

Contudo, não há provas de que as Estações de Rádio Base - ERB, antenas de transmissão de dados de telefonia móvel, detém potencialidade lesiva aptas a provocar os danos descritos na petição inicial, efeitos *"possivelmente carcinogênico para humanos"*, dentre outras enfermidades.

Evidente que em matéria de meio ambiente (ligado diretamente à saúde pública), as decisões judiciais devem privilegiar os princípios da precaução e o da prevenção, com o objetivo de se evitarem possíveis danos. Contudo, na presente hipótese, não obstante a vasta documentação carreada aos autos pela parte autora, esta não se desincumbiu de seu ônus de comprovar o fato constitutivo do pedido de dano moral coletivo, pois não há nos autos elementos suficientes que indiquem existência de atividade poluidora do meio ambiente através das estações de rádio base referidas no processo, até mesmo porque a Anatel tem meios técnicos e científicos à sua disposição para averiguar esse fato, estando apta a expedir a licença, tendo concluído, conforme relatório juntado às fls. 1.247/1.257, que as Estações da requerida estão devidamente licenciadas, não sendo constatada qualquer irregularidade.

Desse modo, mesmo que se considerasse que a recorrida praticou conduta ilícita e imprópria ao optar pela operação da torre de telefonia móvel sem as licenças ambientais pertinentes, tal fato isolado, por si só, não seria capaz de gerar o dano moral coletivo, mormente, porque não há, até o presente momento, comprovação científica, idônea a ser averiguada pelo Judiciário, da existência de ameaça concreta à saúde e ao bem-estar dos cidadãos, em decorrência da instalação das antenas segundo os limites de referência recomendados pela OMS.

Nesse sentido:

> *Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pela Terceira Câmara Cível do TJ/RN, ementado nos seguintes termos [fls. 704-705]: EMENTA: CIVIL PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO AÇÃO CIVIL PÚBLICA TELEFONIA MÓVEL OBRAS DE ESTAÇÃO DE RÁDIO BASE. ÔNUS DA PROVA DO AUTOR QUANTO À NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE FATO CONSTITUTIVO DE SEU DIREITO INTELIGÊNCIA DO ARTIGO Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul 333, INCISO I DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INEXISTÊNCIA DE POSSÍVEL LESÃO AO MEIO AMBIENTE E À SAÚDE PÚBLICA OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PRATICADOS POR AUTARQUIA FEDERAL EM ATENÇÃO AO DECRETO Nº 2.238/97 E LEI FEDERAL Nº 9.472/97 CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO*

MANUTENÇÃO DO JULGAMENTO A QUO. I - Deve ser mantida a sentença vergastada que julgou improcedente a ação civil pública, visto que não comprovada a possível lesão ao meio ambiente ou à saúde pública das radiações não-ionizantes emitidas por Estações de Rádio Base, ressaltando-se a observância, por parte da empresa de telefonia móvel, à Resolução nº 303/2002 da ANATEL, que regulamenta a limitação da exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos. II Quando do desempenho de suas atividades, a Administração Pública pratica atos que se caracterizam pelo princípio da presunção de legitimidade, pelo que, não há falar em irregularidade de ato administrativo consubstanciado em alvará para liberação da construção de Torre de Telefonia móvel, devidamente emitido por autarquia federal competente, que in casu, corresponde à ANATEL, e que observou a legislação pátria necessária a sua expedição e consequente autorização para a construção da referida obra, qual seja o Decreto nº 2.388/97 e Lei Federal nº 9.472/97. III Em atenção ao disposto no artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil, cabe ao autor da demonstração de fato constitutivo de seu direito. IV Improvimento do recurso. 2. Alega-se, no recurso extraordinário violação do disposto no artigo 225, § 1º, IV, da Constituição do Brasil. 3. Deixo de examinar a preliminar de repercussão geral, cujo exame só é possível quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão [RISTF, art. 323]. Se inexiste questão constitucional, não há como se pretender seja reconhecida a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso [artigo 102, III, § 3º, da CB/88]. 4. O recurso não merece provimento. O Tribunal de origem manteve a decisão de 1ª instância sob o entendimento de que o recorrente não comprovou possível lesão ao meio ambiente ou à saúde pública. 5. Desse modo, entendimento diverso do adotado pelo acórdão recorrido demandaria o reexame de fatos e provas, providência vedada nesta instância, em face do óbice da Súmula n. 279 deste Tribunal. Nego seguimento ao recurso com fundamento no disposto no artigo 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Brasília, 9 de fevereiro de 2010. Ministro Eros Grau Relator (RE 606099, Relator(a): Min. Eros Grau, julgado em 09/02/2010, publicado em DJe-26/02/2010).

Deste Tribunal de Justiça, colho os seguintes precedentes:

APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL - INSTALAÇÃO DE ANTENAS DE TRANSMISSÃO DE SINAL DE TELEFONIA CELULAR (ESTAÇÕES RÁDIO BASE - ERB) SEM LICENÇA AMBIENTAL - ALEGAÇÃO DE RISCO À SAÚDE E INVOCAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO - AUSÊNCIA DE PROVAS - DANO MORAL COLETIVO – NÃO CONFIGURADO – SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. Ausência de certeza científica sobre a efetividade da ameaça à saúde e ao bem estar da população em decorrência da radiação eletromagnética emitida pelas ERB's, que não confere substrato mínimo à acenada ameaça, em ordem a atrair a aplicação do princípio da precaução. Necessidade, ademais, de preservar e dar continuidade aos serviços de telefonia móvel, de grande relevância econômico-social, e que encontra apoio nos princípios das livres iniciativa e concorrência. (Relator(a): Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data do julgamento: 14/09/2015; Data de registro: 16/09/2015)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. INSTALAÇÃO DE ESTAÇÃO DE RÁDIO BASE DE TELEFONIA MÓVEL CELULAR. ERB. EXIGÊNCIA PELO MUNICÍPIO DE DOURADOS/MS DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL. INTERESSE LOCAL. POSSIBILIDADE. ARTIGO 26, DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL 055/02. VALIDADE CONSTITUCIONAL. POTENCIALIDADE LESIVA DA ONDAS DE TRANSMISSÃO DE DADOS. INEXISTÊNCIA DE PROVAS. REPORTAGENS E DISCUSSÕES INSIPIENTES. ANATEL EXPEDIU A RESPECTIVA AUTORIZAÇÃO DE INSTALAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. A Constituição Federal impõe aos municípios o dever de proteger o meio ambiente, nos termos do art. 225, § 1º, inciso IV, da Constituição Federal, traduzindo validade constitucional o disposto no art. 26,

> *da Lei complementar 055/02, do município de dourados/ms, que dispõe sobre a política municipal de meio ambiente e dá outras providências, assim transcrito: "dependem de licença ambiental municipal, expedida pelo iplan, quaisquer empreendimentos, públicos ou privados, que gerem potencial impacto ambiental local. " as estações de rádio base. Erb, torres de transmissão de dados de telefonia móvel celular, traduzem obra de porte considerável e engenharia complexa, razão pela qual, o município pode exigir licenciamento ambiental, desde que cingida aos interesses locais, tais como o local do empreendimento, sua estrutura, proximidades de outras fontes de transmissão de dados, preservação de interferências de sinais em hospitais, destacamentos militares, aeroportos, entre outros, não podendo, todavia, fazer exigências quanto à inexistência de possibilidade lesiva das ondas eletromagnéticas nos seres humanos, com base em simples reportagens e discussões insipientes, notadamente, por se tratar de competência da união, por intermédio das agências reguladoras ANATEL, ANEEL, ans, dentre outros setores de tecnologia e da sociedade civil organizada. Não havendo provas nos autos de que as estações de rádio base. Erb, antenas de transmissão de dados de telefonia móvel celular, detém potencialidade lesiva aptas a provocar os danos alegados pela apelante, efeitos possivelmente carcinogênico para humanos, dentre outras enfermidades, não há meios para deferimento dos pedidos de obrigação de não fazer e de indenização por dano moral coletivo.* (TJMS; APL 0802325-16.2011.8.12.0002; Dourados; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte; DJMS 28/11/2014; Pág. 79)

Assim, diante do exposto, a sentença objurgada deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos.

Do 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.

Neste sentido, confira o seguinte julgado:

> *Quando o Superior Tribunal de Justiça exige como condição de admissibilidade do recurso o prequestionamento, o faz para evitar que seja ferida a garantia do duplo grau de jurisdição. Assim, a matéria deduzida em recurso especial já deve ter passado pelo crivo do tribunal inferior. Porém, tal não impõe que os julgadores tenham que fazer expressa referência aos artigos que são do interesse das partes em questionar, o que seria mais um entrave para a prestação jurisdicional que já não atende aos justos reclamos sociais de celeridade.* (ED n.º. 70000772947, TJRS – Desa. Genaceia Silva Alberton - julgado em 22/03/2000).

Sendo esse entendimento corroborado por esta 3ª Turma Cível:

> *EMENTA – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO, DE PLANO, AO RECURSO, POR SER MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – CONSOLIDAÇÃO DA POSSE E PROPRIEDADE NAS MÃOS DO CREDOR – NECESSIDADE DE CITAÇÃO DO DEVEDOR – OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (ARTIGO 5º, INCISO LV DA CF) – DIREITO DE PROPRIEDADE (ARTIGO 5º, LIV DA CF) – PURGAÇÃO DA MORA – DEPÓSITO DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS ACRESCIDAS DOS ENCARGOS DECORRENTES DA MORA – PROTEÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL EXISTENTE ENTRE AS PARTES – PREQUESTIONAMENTO – DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE OS DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS DEBATIDOS – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.*

(...)

Quando a questão for suficientemente debatida, torna-se desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre os dispositivos legais e constitucionais discutidos. (TJMS - Agravo Regimental em Agravo - N. 2009.034420-8/0001-00 - Campo Grande. Relator Des. Oswaldo Rodrigues de Melo. Terceira Turma Cível. J. 08/02/2010)

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – ISSQN – PRESCRIÇÃO NÃO OCORRENTE – AÇÃO AJUIZADA NO PRAZO LEGAL – DEMORA NA CITAÇÃO ATRIBUÍDA AO MECANISMO DA JUSTIÇA – PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO – DESNECESSIDADE – NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

1. Não se pode imputar à Fazenda Pública a responsabilidade pela demora na citação do executado em virtude de motivos essenciais ao funcionamento da Justiça, a teor do que prescreve o enunciado da Súmula n. 106 do Superior Tribunal de Justiça, do que decorre a rejeição da alegada prescrição.

2. Se foram as razões do recurso minuciosamente apreciadas e julgadas, desnecessária se torna a manifestação expressa de dispositivos legais, a título de prequestionamento. (TJMS - Apelação Cível - Execução - N. 2008.028268-2/0000-00 - Campo Grande. Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. Terceira Turma Cível. J. 01/02/2010)

Dessa forma, se a questão foi suficientemente debatida, não se faz necessária a expressa manifestação sobre os dispositivos legais mencionados pela recorrente.

Dispositivo

Diante do exposto, conheço do recurso interposto pelo Ministério Público Estadual e, contra o parecer, nego-lhe provimento.

Sem condenação em custas e honorários (art. 18 da Lei n.º 7.347/85).

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso, contra o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

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, 07 de março de 2017.

***

2ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1409925-69.2016.8.12.0000
Relator Des. Marco André Nogueira Hanson

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – EXCLUSÃO DE CANDIDATA NO CERTAME – DETENTORA DE DIPLOMA DE BACHARELADO EM CIÊNCIAS BIOLÓGICAS E MESTRADO EM CIÊNCIA ANIMAL APROVAÇÃO EM CARGO QUE EXIGIA LICENCIATURA EM CIÊNCIAS BIOLÓGICAS – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – POSTULANTE DETENTORA DE QUALIFICAÇÃO SUPERIOR À EXIGIDA NO EDITAL DO CONCURSO QUE GUARDA IDENTIDADE COM A ÁREA DE FORMAÇÃO EXIGIDA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO – SEGURANÇA CONCEDIDA COM O PARECER.

O mandado de segurança não se presta para a defesa de qualquer direito, mas tão somente daquele que se revestir das características de liquidez e certeza (art. 5°, LXIX da CF e art. 1º da Lei 12.016/2009).

Não se mostra razoável impedir o acesso ao emprego público de um candidato detentor de conhecimentos em nível mais elevado do que o exigido para o cargo em que fora devidamente aprovado. Precedentes do STJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do Relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 13 de fevereiro de 2017.

Des. Marco André Nogueira Hanson - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Hera Luana Luiz impetrou mandado de segurança com pedido de liminar contra ato do Secretário Adjunto de Estado de Educação de Mato Grosso do Sul, pretendendo sua nomeação e contratação no Cargo de professora de Biologia no município de Campo Grande.

Narra que após ser aprovada em concurso público para o cargo de Professora de biologia/ciências, classificada em 95ª lugar, teve sua nomeação indeferida pela Comissão de Provas e Títulos, sob argumento de que não apresentou diploma ou histórico escolar probatório da escolaridade exigida para o cargo - licenciatura plena em Ciência Biológicas, Biologia ou Ciências com habilitação em Biologia- , embora ostente graduação superior a exigida bacharelado em Ciência Biológicas e Mestrado em Ciência Animal.

Expõe, ainda, que está cursando Ciências Biológicas - Licenciatura, na UFMS, entretanto o curso não foi concluído devido a greve dos professores da universidade ocorrida em 2015. Pugna pela concessão de liminar a fim de se expeça ofício para que seja imediatamente intimada para nomear a impetrante para o cargo de Professora de Biologia, no município de Campo Grande e no mérito, pela concessão da segurança pleiteada.

A liminar pleiteada pela impetrante foi deferida à f. 78/83.

O Estado de Mato Grosso do Sul, encampando as autoridades coatoras, apresentou informações (f. 91/97), oportunidade em que pugnou pela denegação da ordem, sob o fundamento de que inexiste direito líquido e certo a ser resguardado, com fulcro nas disposições editalícias do concurso *sub judice*, concluindo que a formação da impetrante não satisfaz as exigências contidas no edital.

A PGJ manifestou no feito (f. 102/109), opinando pela concessão da ordem a favor da impetrante, eis que comprovado, de forma inequívoca, o direito líquido e certo alegado.

VOTO

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (Relator)

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Hera Luana Luiz contra ato do Secretário (a) Adjunto de Estado de Educação de Mato Grosso do Sul, pretendendo sua nomeação e contratação no cargo de professora de Biologia no município de Campo Grande SANESUL.

Narra que após ser aprovada em Concurso Público para o cargo de Professora de biologia/ciências, classificada em 95ª lugar, teve sua nomeação indeferida pela Comissão de Provas e Títulos, sob argumento de que não apresentou diploma ou histórico escolar probatório da escolaridade exigida para o cargo - licenciatura plena em Ciência Biológicas, Biologia ou Ciências com habilitação em Biologia- , embora ostente graduação superior a exigida bacharelado em Ciência Biológicas e Mestrado em Ciência Animal.

Expõe, ainda, que está cursando Ciências Biológicas - Licenciatura, na UFMS, entretanto o curso não foi concluído devido a greve dos professores da universidade ocorrida em 2015. Pugna pela concessão de liminar a fim de se expeça ofício para que seja imediatamente intimada para nomear a impetrante para o cargo de Professora de Biologia, no município de Campo Grande e no mérito, pela concessão da segurança pleiteada.

Antes de passar ao exame da matéria devolvida, hei por bem tecer breves comentários acerca de qual o diploma processual incidente na hipótese.

Direito intertemporal – NCPC/2015

Inicialmente cabe esclarecer que, na hipótese em julgamento, afigura-se aplicável integralmente o Novo Código de Processo Civil, já que tanto a publicação/intimação da sentença quanto a interposição do recurso foram realizas na vigência deste novel *Códex.*

Feita esta nota introdutória, passo ao julgamento efetivo do *mandamus.*

Mérito

Como ressabido, não se presta o mandado de segurança para a defesa de qualquer direito, mas tão somente daquele que se revestir das características de liquidez e certeza (art. 5°, LXIX da CF e art. 1º da Lei 12.016/2009).

Consoante lições de José Afonso da Silva, citando Hely Lopes Meirelles:

> *Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável pelo mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante; se sua existência for duvidosa, se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora posse ser defendido por outros meios judiciais*[1].

Compulsando os autos, infere-se que a impetrante e foi aprovada em 95ª lugar no concurso para o cargo de professor de biologia/ciências.

Com efeito, após a convocação para a apresentação dos títulos, a comissão do citado concurso a excluiu do certame sob o fundamento de que não apresentou o diploma ou histórico escolar da escolaridade exigida para o exercício das atribuições do emprego público.

Analisando os documentos que acompanham a inicial, infere-se que a impetrante possui bacharelado em ciências biológicas e mestrado em ciência animal, ou seja, detém qualificação superior à exigida no edital do concurso público, a qual, inclusive, guarda identidade com a área de formação exigida no edital (ciências biológicas - licenciatura).

Como bem ressaltou o I. Procurador de Justiça em seu parecer (f. 102/109):

> *Com efeito, a exigência de licenciatura plena para o desempenho de docência como professor de biologia encontra-se superada pelos títulos apresentados pela impetrante, que é bacharel e mestre em Biologia, habilitando-a, inclusive, a ministrar aulas em Universidades, sejam públicas ou privadas (fls. 23/25).*
>
> *Cuida-se, portanto, de um verdadeiro absurdo dizer que a impetrante não está habilitada a ministrar aulas e impedir sua posse para o desempenho de cargo de professor de Biologia Rede Pública Estadual.*

Verifica-se, pois, que as atividades a serem desempenhadas e a qualificação profissional comprovada pela impetrante identificam-se e, ainda, possui qualificação superior, por tratar-se de curso de mestrado e não simplesmente graduação.

Sobre a matéria, conforme entendimento externado na decisão de f. 78/83, a jurisprudência pátria vem se manifestando no sentido de que se o candidato ostenta qualificação superior à exigida ao exercício do cargo para o qual prestou concurso, não há porque aquele ser desclassificado.

Neste sentido, segue a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

> *ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CARGO TÉCNICO. CANDIDATO QUE POSSUI QUALIFICAÇÃO SUPERIOR À EXIGIDA. APTIDÃO PARA O CARGO. SÚMULA 83/STJ. 1. O agravado inscreveu-se no Concurso Público aberto pela Sanepar para vaga de Técnico Químico/Técnico em Saneamento/Técnico em Alimentos 1, em*

1 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional, até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 447.

Maringá, sendo aprovado na primeira fase do certame em oitavo lugar. Convocado para comprovar sua habilitação, foi desclassificado por ter apresentado diploma de Bacharel em Química, e não o diploma de ensino técnico exigido pelo edital do certame. 2. Há direito líquido e certo na permanência no certame se o candidato detém qualificação superior à exigida no edital do concurso público. Precedentes. 3. Verifica-se que o Tribunal a quo decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, de modo que se aplica à espécie o enunciado da Súmula 83/STJ. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no AREsp: 428463 PR 2013/0370116-7, Relator: Ministro Humberto Martins, Data de Julgamento: 03/12/2013, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 10/12/2013)

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO COM DIPLOMA DE NÍVEL SUPERIOR AO EXIGIDO NO EDITAL. ELIMINAÇÃO ILEGAL. 1. O Tribunal de origem enfrentou a lide de forma fundamentada e suficiente acerca das questões suscitadas, não havendo que se falar em ofensa do artigo 535, II, do Código de Processo Civil. 2. A jurisprudência do STJ entende que não se mostra razoável impedir o acesso ao serviço público de um candidato detentor de conhecimentos em nível mais elevado do que o exigido para o cargo em que fora devidamente aprovado mediante concurso (*AgRg no REsp 1375017/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ªT, DJe 04/06/2013). 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 891.656/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 05/11/2013, DJe 21/11/2013)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 128 E 460 DO CPC. INOCORRÊNCIA. CARGO TÉCNICO. CANDIDATO QUE POSSUI QUALIFICAÇÃO SUPERIOR À EXIGIDA. APTIDÃO PARA O CARGO. SÚMULA 83/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. 1. Excede a competência desta Corte a análise de preceito constitucional, porquanto trata-se de matéria a ser ventilada no competente recurso extraordinário, e não em apelo especial. 2. É pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não há falar em negativa de prestação jurisdicional quando o acórdão, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, conforme ocorreu no acórdão em exame, não se podendo cogitar sua nulidade. 3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é ilegal a eliminação do candidato que apresenta diploma de formação em nível superior ao exigido no edital. Precedentes: AgRg no AgRg no REsp 1.270.179/AM, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 03/02/2012; AgRg no Ag 1402890/RN, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 16/08/2011; AgRg no Ag 1422963/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 16/02/2012. 4. O alegado dissídio jurisprudencial não foi comprovado nos moldes estabelecidos nos artigos 541, parágrafo único, do CPC e 255, § § 1º e 2º do RISTJ. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 252.982/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 15/08/2013, DJe 22/08/2013)

EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA – EXCLUSÃO DE CANDIDATA NO CERTAME DA SANESUL - DETENTORA DE DIPLOMA DE GRADUAÇÃO EM BIOMEDICINA - APROVAÇÃO EM CARGO QUE EXIGIA CURSO TÉCNICO EM LABORATÓRIO OU QUÍMICA - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE - POSTULANTE DETENTOR DE QUALIFICAÇÃO SUPERIOR À EXIGIDA NO EDITAL DO CONCURSO QUE GUARDA IDENTIDADE COM A ÁREA DE FORMAÇÃO EXIGIDA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO – SEGURANÇA CONCEDIDA COM O PARECER. I - O mandado de segurança não se presta para a defesa de qualquer direito, mas tão somente daquele que se revestir das características de liquidez e certeza (art. 5°, LXIX da CF e art. 1º da Lei 12.016/2009). II - Não se mostra razoável impedir o acesso

> *ao emprego público de um candidato detentor de conhecimentos em nível mais elevado do que o exigido para o cargo em que fora devidamente aprovado. Precedentes do STJ.* (MS 1411911-29.2014.8.12.0000 -Relator(a): Des. Marco André Nogueira Hanson; Comarca: Não informada; Órgão julgador: 2ª Seção Cível; Data do julgamento: 10/11/2014; Data de registro: 12/11/2014)

Importante frisar que ao caso não se nega a aplicação dos princípios da legalidade, impessoalidade e isonomia, buscando-se privilegiar os princípios da razoabilidade e eficiência, com vistas a que a Administração Pública, por meio de concurso público, alcance selecionar o candidato melhor capacitado.

Diante deste cenário, não se mostra razoável a aplicação da vinculação ao edital para não admitir qualquer melhora ou ampliação na qualificação do profissional postulante ao cargo, restando, portanto, evidenciado o direito líquido e certo da impetrante.

Dispositivo Final

Ante o exposto, com o parecer da PGJ, concedo em definitivo a ordem pleiteada por Hera Luana Luiz neste Mandado de Segurança, para considerar comprovado o requisito da escolaridade exigida para o cargo de Professora de biologia/ciências, com sua devida convocação e posse, desde que demonstrado o preenchimento dos demais requisitos e respeitada sua classificação no concurso.

Sem honorários advocatícios, porque indevidos nos termos das Súmulas nº 105 do STJ, nº 512 do STF e do art. 25 da Lei 12.016/2009.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marco André Nogueira Hanson, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Nélio Stábile, Des. Alexandre Bastos e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 13 de fevereiro de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0800718-75.2012.8.12.0052 - Anastácio
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – SAQUE DE NOTAS FALSAS JUNTO AO BANCO REQUERIDO – VEROSSIMILHANÇA NAS ALEGAÇÕES DA PARTE AUTORA – DOCUMENTOS E PROVA TESTEMUNHAL – COMPROVAÇÃO – BANCO QUE NÃO SE DESINCUMBIU DE DEMONSTRAR A INFALIBILIDADE DE SEUS SISTEMAS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELA MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – VALOR ARBITRADO COM PROPORCIONALIDADE E MODERAÇÃO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O recebimento de cédulas que foram retidas em estabelecimento bancário e mercado ante a dúvida quanto à autenticidade, situações ocorridas na presença de outras pessoas e comprovada, gera direito à indenização por danos morais, sobretudo diante da comprovação de vexame e constrangimento sofrido pelos autores.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 8 de fevereiro de 2017.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Orlando Pereira Rodrigues e Ellen Regina Oliveira, nos autos de ação de indenização por danos materiais e morais de n. 0800718-75.2012.8.12.0052 em que contende com o Banco Bradesco S.A., oferecem recurso de apelação.

Os recorrentes, em síntese, aduzem que:

Ajuizaram ação de indenização por danos morais ao fundamento de que, ao trocar um cheque com o requerido, acabaram recebendo várias notas falsas e que sofreram graves constrangimentos no momento em que tentaram repassar essas cédulas para terceiros;

Ao contrário do que restou entendido pelo magistrado singular, para gerar o dever de indenizar basta a demonstração do ato ilícito praticado pela instituição financeira (que teria repassado notas falsas ao consumidor) para gerar o dever de indenizar, visto que ela deveria zelar pelos deveres de lealdade e boa-fé, além de que o particular fica privado de exercer plenamente seu direito consumerista e ao mesmo tempo também é imputado como detentor de notas falsificadas;

Ainda que outro seja o entendimento, as testemunhas ouvidas em audiência demonstrar o constrangimento suportado pelos requerente em razão do repasse de notas falsas pelas instituição financeira;

Trata-se de dano moral puro, dispensada a prova de ocorrência de prejuízo concreto, de modo que a frustração, o vexame e constrangimentos sofridos pelos autores são bastante para o reconhecimento dos danos morais;

As testemunhas ouvidas em audiência também comprovaram a retenção das notas falsas, no montante de R$ 80,00, razão pela qual deve haver o devido ressarcimento, conforme pretendido na inicial.

Por fim, pugna pelo conhecimento e provimento do presente recurso para, reformando a sentença, seja julgado procedente o pedido inicial.

O recurso foi respondido, batendo-se a parte recorrida pelo desprovimento do mesmo (p. 165/170).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Orlando Pereira Rodrigues e Ellen Regina Oliveira Rodrigues, nos autos de ação de indenização por danos materiais e morais de n. 0800718-75.2012.8.12.0052 em que contendem com o Banco Bradesco S.A., oferecem recurso de apelação.

Conforme relatado, trata-se de recurso interposto em face da sentença de p. 156/161, proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Anastácio, que julgou improcedente o pedido formulado pelos ora recorrentes.

Os autores ajuizaram esta ação alegando que, no dia 06 de maio de 2012, receberam um cheque no valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), tendo como sacado o Banco demandado.

Sustentam que no dia seguinte compareceram à agência do requerido, situada no Município de Maracaju, ocasião em que o funcionário efetuou o pagamento em notas de R$ 10,00 (dez reais) e R$ 20,00 (vinte reais). Após, realizaram compras no supermercado Estrela, no valor de R$ 260,00, todavia, ao efetuarem o pagamento, foram retidas 04 (quatro) notas falsas.

Aduzem, ainda, que efetuaram um depósito no valor de R$ 2.450,00 junto ao Banco HSBC, onde foi constatada mais uma nota falsa.

Em consequência do ocorrido, afirmaram ter sofrido profundo abalo emocional, postulando o reconhecimento de danos morais e materiais.

Pois bem.

Dever de indenizar

Analisando detidamente os autos, tenho que os requerentes lograram comprovar suas alegações, desincumbindo-se do ônus da prova que lhes cabia.

A parte autora acostou à exordial o documento chamado “Termo de Retenção de Cédula (s) para Exame de Autenticidade”, emitido pelo Banco HSBC S/A, no qual é atestada a retenção de uma nota no valor de R$ 20,00 ante a existência de dúvida acerca da autenticidade (p. 11), cuja cópia da cédula está juntada à p. 12.

Consta no referido documento que: *"O portador toma ciência e fica notificado de que o referido numerário será encaminhado ao Departamento de Tesouraria Regional para as providências de exames técnicos junto ao Banco Central do Brasil"*, o qual foi assinado pela autora Ellen Regina Oliveira Rodrigues.

Os depoimentos das testemunhas ouvidas em Juízo comprovam os fatos narrados, veja-se:

> *(...)*
>
> *Juiz: a data o senhor se recorda?*
>
> *Depoente: foi em 2012 que eu sei, né. A data certinha eu também não sei.*
>
> *Juiz: certo. Aí entraram os 4, então, no banco?*
>
> *Depoente: sim.*
>
> *Juiz: daí fizeram um saque, o quê que aconteceu lá dentro?*
>
> *Depoente: aí, excelência, eles pegaram o dinheiro, né.*
>
> *Juiz: esse dinheiro foi no caixa eletrônico ou no caixa do banco mesmo?*
>
> *Depoente: eu não sei, porque era a primeira vez que eu tinha ido, né. Eu nunca tinha...*
>
> *Juiz: caixa eletrônico é aquela máquina que você digita a senha, coloca o cartão e ele te emite o dinheiro. Ou uma pessoa atendeu?*
>
> *Depoente: foi uma pessoa que atendeu.*
>
> *Juiz: uma pessoa atendeu. Eles sacaram ou eles trocaram cheque?*
>
> *Depoente: eu não lembro.*
>
> *Juiz: não se recorda.*
>
> *Depoente: eu estava, não recordo.*
>
> *Juiz: certo.*
>
> *Depoente: porque eu estava, faz muito tempo, né, que aconteceu isso aí.*
>
> *Juiz: uhum.*
>
> *Depoente: e eu só estava só ali mais era para acompanhar o meu pai, né, que eu nunca tinha ido na cidade.*
>
> *Juiz: entendi.*
>
> *Depoente: eu queria conhecer a cidade, né.*
>
> *Juiz: certo. E daí eles entregaram o dinheiro e vocês saíram de lá?*
>
> *Depoente: não, aí nós, todo mundo saiu junto do carro, né, que aí foi para o banco, outro banco, para depositar um dinheiro para ele, deles, que é de um carro, a parcela de um carro. Depois disso a gente foi para o mercado.*

Juiz: então saíram desse banco que fizeram o saque e foram em um banco fazer o depósito.

Depoente: isso.

Juiz: e lá no banco aconteceu alguma coisa ou não?

Depoente: dentro do banco nós não entramos. Eu não entrei.

Juiz: ah, o senhor não entrou?

Depoente: eu não entrei.

Juiz: certo. E daí depois disso foram ao mercado?

Depoente: foram ao mercado. Aí que a gente foi todo mundo junto.

Juiz: aí lá no mercado aconteceu alguma coisa?

Depoente: aconteceu. Que aí quando a gente fez a compra, né, que coisou, que a gente chegou no caixa, passou tudo. Na hora de pagar, que aí o caixa notou que tinha mais 4 notas falsas, fora que tinha uma que foi detectada no banco.

(...)

(Valdenir de Oliveira Maciel – p. 201/204)

Mp: o senhor foi ao banco com eles?

Depoente: eu fui ao banco.

Mp: o senhor desceu do carro?

Depoente: eu desci e fui ao banco com eles.

Mp: o senhor desceu com eles?

Depoente: descemos com eles eu e o meu filho.

Mp: o que vocês fizeram no banco?

Depoente: eles foram recebeu dinheiro, o patrão pagava na fazenda dava cheque ou dinheiro, então eles foram ao banco, não lembro se foi cheque na época.

Mp: certo, e daí?

Depoente: não lembro direito, faz muito tempo, aí ficamos no banco lá dentro, aí depois nós saímos e fomos ao mercado, aí ele foi ao outro banco, parece que pagar o negócio de um carro, o negócio de uma prestação, aí depois de lá nós fomos ao mercado.

Mp: certo

Depoente: fazer compras, porque eu fiz a compra, porque nós trabalhávamos na fazenda e mexíamos como pedreiros e mexíamos com galpão também, eu fiz as mangueiras para ele lá também e foi isso, eu sei que no mercado, a única coisa que deu lá foi uma vergonha para nós, porque daí...

Mp: certo, e o que aconteceu no mercado?

Depoente: no mercado tinha uma fila, nos estávamos em uma fila e tivemos que tirar a compra do carrinho.

Mp: por qual motivo vocês tiveram que tirar a compra?

Depoente: por causa do dinheiro que a moça passou o negócio e estava falso.

Mp: ela falou que o dinheiro era falso?

Depoente: falso ela falou: esse dinheiro é falso .

Mp: qual o valor, o senhor se recorda?

Depoente: eram notas de vinte, eram quatro notas de vinte, entendeu?

Aí eu não sei, eram quatro notas, ai foi passando, pegou outra, as outras não, as outras não eram falsas, mas quatro eram falsas.

Mp: e me fala uma coisa, em quanto tempo aconteceu depois que vocês foram ao banco?

Depoente: saímos dali e já fomos para o mercado.

Mp: foi de imediato?

De imediato.

Mp: e esse dinheiro eles colocaram no bolso, na bolsa, onde foi onde foi que eles colocaram?

Depoente: o dinheiro eu não lembro onde eles colocaram.

Mp: dali o senhor ficou tempo todo com eles?

Depoente: ficamos o tempo todo, nós estávamos num carro, ele que tinha o carro nos andávamos no carro com eles não é?

Mp: certo.

Depoente: não tinha como descer se não nós nos perdíamos lá, eu não conheço lá a cidade que nós vamos lá sós para trabalhar eu estava mais ou menos há quatro ou cinco meses na fazenda lá nãor?

Mp: certo, aí chegou ao mercado e aconteceu isso?

Depoente: aconteceu isso aí.

Mp: e esse dinheiro que eles ofereceram no mercado era o mesmo que tinham sacado no banco?

Depoente: era, porque lá na fazenda não tinha outro dinheiro com a gente, nós recebemos pegamos o dinheiro da fazenda íamos fazer compras na cidade, o dinheiro que nós tínhamos era aquele, entendeu? Era o dinheiro que pegamos lá, não tinha outro dinheiro.

> *Mp: não tinha outro valor? Mas o senhor viu que era o mesmo dinheiro que as pegaram no banco e colocaram no bolso?*
>
> *Depoente: é porque eles até reclamaram, falaram: só notas de vinte ? Era muito dinheiro, tinha que pagar a turma também, pagar meu filho que trabalhava comigo, somente notas de vinte fica até ruim de manusear, porque era muito dinheiro.*
>
> *Mp: certo, perguntas a parte autora?*
>
> (Valter de Oliveira Maciel – p. 191/193)

A prova testemunhal demonstrou que toda a situação se deu na presença de outros clientes que se encontravam no mercado onde algumas notas foram rejeitadas, bem como o fato dos autores terem se dirigido ao estabelecimento e ao Banco HSBC em que também houve a retenção de cédula.

Portanto, respeitado o entendimento do Juiz singular, cabível o acolhimento do pleito de indenização diante das provas constantes dos autos, uma vez que restou demonstrado que a situação ocorreu na frente de várias pessoas, causando vexame e constrangimento aos apelantes.

Consigne-se, ainda, que é aplicável ao caso a sistemática consumerista (dada a subsunção da matéria aos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, e considerada a súmula 297 do STJ) cuja incidência é cogente (art. 1º daquele Diploma), caracterizando vício no serviço por parte da instituição financeira, nos termos do artigo 14, I, do Código de Defesa do Consumidor.

A conduta do réu, ora recorrido, tem de ser analisada pelo prisma da responsabilidade objetiva, já que "*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*" (CDC, art. 14).

Impõe-se lembrar que o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste ou, então, que os danos decorreram de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (CDC, art. 14, § 3º). Mas nenhuma dessas circunstâncias verificou-se no caso em exame.

Já o consumidor comprovou que, sacada importância junto ao requerido, ato contínuo foi pagar em espécie uma conta no Banco HSBC, onde o operador de caixa verificou que uma das cédulas de R$ 20,00 apresentava indícios de inautenticidade, assim como no mercado em que tentou realizar compra. Como assentado, os autores tiveram as notas retidas à informação de que seriam enviadas ao Banco Central para exame. E tais fatos são verossímeis diante dos documentos acostados à inicial e a prova testemunhal.

Nesse sentido, veja-se a jurisprudência pátria:

> *RESPONSABILIDADE CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – SAQUE DE NOTA FALSA JUNTO AO BANCO REQUERIDO – VEROSSIMILHANÇA NAS ALEGAÇÕES DA AUTORA – BANCO QUE NÃO SE DESINCUMBIU DE PROVAR A INFALIBILIDADE DE SEUS SISTEMAS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA PELA MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – QUANTUM COMPENSATÓRIO ARBITRADO COM PROPORCIONALIDADE E MODERAÇÃO (R$5.000,00) MANTIDO, OBSERVADOS OS VETORES QUE ORIENTAM A MATÉRIA – APELAÇÃO NÃO PROVIDA.* (TJMS - Relator(a): Fernandes Lobo; Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 05/11/2015; Data de registro: 07/11/2015)

APELAÇÃO – Ação indenizatória por danos morais. Decisão de parcial procedência. Recurso do Réu - Saque no terminal eletrônico da ré para pagamento de contas. Nota falsa. Aplicação do CDC. Responsabilidade objetiva da instituição financeira. Obrigação de indenizar. Quantum indenizatório em consonância com os critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Manutenção da decisão.

Recurso da Autora – Ilegitimidade passiva da casa lotérica. Conduta correta. Ausência de prova de humilhação ou desrespeito na comunicação da falsidade da cédula. Recurso desprovido.

Recursos do réu e da autora desprovidos. (TJMS - Relator(a): Flávio Cunha da Silva; Comarca: Guarujá; Órgão julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 23/09/2015; Data de registro: 25/09/2015)

Dano moral - Injusta imputação a menor de tentar comprar passagem de ônibus com uma suposta nota falsa de R$ 50,00, que ao depois se constatou verdadeira - Exagero e despreparo da moça do guiché, preposta da fornecedora - Hipótese em que a consumidora foi tratada como criminosa, inclusive sendo conduzida em viatura policial - Defeito do serviço caracterizado - Dano moral in re ipsa - Precedentes desta Corte - Princípio da simetria - Verbas reparadora e honorária elevadas - Apelo desprovido e, em parte, provido o recurso adesivo. (TJSP - AP 9068194-55.2007.8.26.0000 7ª Câmara de Direito Privado Rel. Des. Ferreira da Cruz DJe 14.03.2012).

Indenização. Danos morais. Funcionária de estabelecimento comercial que colocou em dúvida a autenticidade de cédula de R$ 50,00 utilizada pela autora para o pagamento das compras. Inocorrência de exercício regular de direito. Dever de indenizar existente diante da comprovação de abuso e do constrangimento sofrido pela autora. Ré que não se desincumbiu do ônus previsto no art.333, II, do CPC. Decisão acertada. Recurso improvido. (TJSP - 0022879-75.2011.8.26.0079 - Apelação / Indenização por Dano Moral - Relator(a): Maia da Cunha - Comarca: Botucatu - Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Privado - Data do julgamento: 11/10/2012)

Valor dos danos morais

Com relação à fixação do valor, este deve estar dentro dos limites razoáveis da reparação, que se de um lado deve se prestar a inibir a reiteração do ato ilícito, de outro não pode se constituir em instrumento de enriquecimento sem causa, cumprindo acrescentar, apenas, que como já judiciosamente decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, citada verba *"não pode contrariar o bom senso, mostrando-se manifestamente exagerado ou irrisório"*.

Assim, atentando-se, de um lado, para o grau de culpa do réu, e de outro o constragimento dos autores, e levando-se em conta que os objetivos primordiais da verba em testilha são desestimular a conduta ilícita do primeiro e trazer algum lenitivo aos últimos, impõe-se a fixação da indenização em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), sendo R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para cada um dos autores.

Ressalte-se que a fixação da indenização em patamar inferior àquele pleiteado pelo autor não implica na procedência parcial da ação.

Honorários recursais

Em se tratando de sentença publicada após a entrada em vigor do Código de Processo Civil/2015, há de ser observado o disposto em seu artigo 85, § 11:

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

Assim, em vista da baixa complexidade da questão trazida no recurso, do pouco tempo de sua duração em segundo grau de jurisdição e do local de prestação do serviço, atendendo, os itens I, II, III e IV, do § 2º, do artigo 85, do Código de Processo Civil/2015, condeno o requerido ao pagamento de honorários recursais de 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, montante que deverá ser somado aos honorários sucumbenciais de 10% já estabelecidos em primeiro grau.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso interposto pelos autores para julgar procedente os pedidos, a fim de condenar o recorrido Banco Bradesco S/A ao pagamento de dano material no valor de R$ 80,00 e indenização por danos morais no importe de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), sendo R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para cada um dos requerentes.

Determino a incidência de juros de mora a partir da data do evento danoso (07/05/2012), quanto aos danos morais e materiais, bem como a incidência de atualização monetária pelo IGPM/FGV a partir do arbitramento quanto aos danos morais, e a partir do efetivo prejuízo (14.08.2013) quanto aos danos materiais.

Em consequência, inverto o ônus da sucumbência, condenando o recorrido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 10% do valor da condenação. Ainda, majoro a verba honorária devida ao patrono da parte requerente em 5% sobre o valor da condenação, montante este que deverá ser somado ao fixado anteriormente.

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. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

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

Campo Grande, 08 de fevereiro de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0823962-89.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS, ESTÉTICOS – ACIDENTE DE TRÂNSITO – CULPA DAS REQUERIDAS – CONDUTORA E PROPRIETÁRIA DO VEÍCULO QUE INVADIU A PREFERENCIAL DA AUTORA – CRUZAMENTO NÃO SINALIZADO – MITIGAÇÃO DA REGRA DO ARTIGO 29, III, 'C', DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – PREFERENCIAL DE FATO – PREFERÊNCIA DAQUELE QUE TRAFEGA EM VIA DE MAIOR FLUXO E AMPLITUDE EM RELAÇÃO AOS QUE NELA PRETENDEM ADENTRAR – DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – VALOR MANTIDO – PENSÃO MENSAL DEVIDA – REDUÇÃO NA CAPACIDADE LABORAL – IRRELEVÂNCIA DE A VÍTIMA ESTAR DESEMPREGADA – VALOR DEVIDO PROPORCIONAL À INCAPACIDADE – ARTIGO 950, DO CÓDIGO CIVIL – SENTENÇA MANTIDA – RECUSO NÃO PROVIDO.

Conforme entendimento do STJ, no cruzamento não sinalizado, em princípio, a preferência é do veículo que vem da direita, exceto, se as vias de fluxo de trânsito são distintas e as regras de experiência e confiança preveem a preferência daquele que trafega na avenida maior, como ocorre no caso concreto.

Evidenciado que do grave acidente de trânsito resultou transtornos e aborrecimentos que ultrapassaram os limites do simples desconforto decorrente de situação cotidianas, é devida a indenização por danos morais, devendo ser mantido o montante reparatório, especialmente quando atendidos aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

O valor decorrente da indenização por danos estéticos deve ser mantida, pois proporcional ao agravo causado e condizente com a verba que vem sendo costumeiramente arbitrada pela jurisprudência em casos semelhantes.

Comprovado nos autos que, em decorrência das lesões sofridas, a vítima passou a apresentar redução de sua capacidade laboral, faz ela jus, portanto, ao pagamento de pensão, proporcional a incapacidade, nos termos do art. 950 do Código Civil.

Não existe óbice para o deferimento de pensão mensal à autora, sendo irrelevante que, ao tempo do sinistro, não possuísse ocupação remunerada, pois o pensionamento decorre da incapacidade suportada pela vítima, a qual não poderá exercer suas atividades laborais em sua plenitude.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 14 de dezembro de 2016.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Pamela Albuquerque Vargas e Priscilla Silva Vargas, nos autos de ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos de n. 0823962-89.2012.8.12.0001 em que contende com Viviane Lopes Ortiz, oferecem recurso de apelação.

As recorrentes, em síntese, aduzem que:

A sentença, que julgou parcialmente os pedidos iniciais formulados pela apelada, deve ser reformada, uma vez que a culpa pelo acidente de trânsito narrado nos autos é, no mínimo, concorrente;

O croqui demonstra que o acidente ocorreu em um cruzamento sem sinalização, o que atrai a incidência do artigo 29, III, "c", do Código de Trânsito Brasileiro, que estabelece a preferência do veículo que vier pela direita do condutor, no caso, o veículo das apelantes;

O acidente ocorreu no cruzamento de duas avenidas de grande fluxo (av. Euler de Azevedo e Av. Presidente Vargas), o que demanda atenção de todos os condutores;

A requerente, ora apelada, conduzia uma motocicleta, veículo notoriamente instável, exigindo redobrada cautela do condutor a fim de evitar um resultado lesivo;

A sentença deve ser reformada para reconhecer a culpa concorrente de 50% da autora, com as implicações decorrentes;

As condenação por danos morais e estéticos são exorbitantes e desproporcionais, ao passo que a condenação relativa à pensão vitalícia é indevida;

Os fatos tradicionalmente utilizados para a quantificações indenizatórias: binômio satisfação/punição, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e os critérios do caso concreto (extensão do dano, intensidade e duração do sofrimento da vítima, grau de culpa do ofensor, condições pessoais da vítima e capacidade financeira das partes), não foram devidamente observados pelo juiz sentenciante, de modo que os valores arbitrados devem ser minorados, sob pena de enriquecimento ilícito da apelada e impossibilidade de cumprimento da condenação pela apelantes sem prejuízo de seu próprio sustento e sobrevivência com dignidade;

Na fixação dos danos estéticos, não foi respeitado o critério da extensão e localização do dano, pois se trata de dano localizado em uma das pernas da apelada, de difícil visualização, que sequer foi observado pela amiga e testemunha Ana Paula da Silva Santos;

Descabe também a condenação das requeridas no pagamento de pensão vitalícia, uma vez que tal indenização deve ocorrer com base no salário auferido pela vítima, o que, no caso, não existe, pois a autora estava desempregada e sequer obteve sucesso na indenização por lucros cessantes;

Caso não seja este o entendimento, que a pensão vitalícia seja reduzida para 25% do salário mínimo, ressalvando-se a hipótese de cessação da incapacidade; e,

Havendo modificação na sentença, a condenação no ônus de sucumbência também deverá ser alterado, considerando-se o disposto no artigo 86, do CPC.

Prequestiona a matéria posta em discussão.

Ao final, pugna pelo conhecimento e provimento das razões recursais, nos termos arrazoados.

O recurso foi respondido, batendo-se a parte recorrida pelo desprovimento do mesmo.

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

Pamela Albuquerque Vargas e Priscilla Silva Vargas, nos autos de ação de indenização por danos materiais, morais e estéticos de n. 0823962-89.2012.8.12.0001 em que contende com Viviane Lopes Ortiz, oferecem recurso de apelação.

Conforme relatado, trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na presente ação.

Por oportuno, transcreve-se a parte dispositiva do provimento judicial impugnado:

> *Posto isso, julgo procedente, em parte, o pedido, reconheço a responsabilidade e culpa. por imprudência na condução do veículo Ford Fiesta, placas HSJ 1197, da primeira Requerida Pamela Albuquerque Vargas, e também culpa in vigilando da segunda Requerida Priscilla Silva Vargas, proprietária de referido veículo, no acidente ocorrido em 30 de junho de 2010, no cruzamento entre as Av. Dr. Euler de Azevedo e Presidente Vargas, que vitimou a Requerente, Viviane Lopes Ortiz, e condeno as Requeridas Pamela Albuquerque Vargas e Priscilla Silva Vargas, solidariamente, a indenizarem a Requerente Viviane Lopes Ortiz , por danos materiais consistentes no pagamento de: a) despesas médicas relacionadas a fls. 103, 104, 119 e 120, no valor total de R$ 510,97 (conforme postulado na inicial), que deverá ser corrigido monetariamente pelo IGPM/FGV desde o desembolso da Requerente, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde a citação das Requeridas (14/01/2013); b) conserto da motocicleta Honda Biz 125 ES, placas HTM 4616, no valor orçado a fls. 138/139, pela empresa Caiobá Mot. e Peças Ltda, equivalente a R$ 3.056,74, que deverá ser corrigido desde 06/03/2012 (data do orçamento) pelo IGPM/FGV, e acrescido de juros de mora de 1% ao mês desde a citação; c) pagamento de pensão mensal de 50% (cinquenta por cento) de um salário mínimo, atualizado de acordo com o respectivo aumento salarial de cada período, desde a data do acidente até que a época em que a Requerente venha completar a idade de 75 anos, devendo ser constituído capital ou caução fidejussória para garantir referidos pagamentos. Quanto à atualização do pensionamento, as parcelas em atraso deverão ser corrigidas pelo índice do salário mínimo, e acrescidas de juros, desde cada vencimento. Ainda, condeno as Requeridas a indenizarem a Requerente por danos morais, que arbitro em R$ 30.000,00 (trinta mil reais) - que deverá ser corrigido desde a presente decisão pelo IGPM/FGV, nos termos da Súmula 362 do STJ, e acrescido de juros de mora desde o evento danoso, na forma da Súmula 54 do STJ; e por danos estéticos, que fixo em R$ 15.000 (quinze mil reais) - que deverá ser atualizado a partir da sua fixação, e acrescido de juros de mora desde a data da perícia - 11/02/2015).*
>
> *De outra parte, julgo improcedente o pedido de indenização por lucros cessantes, uma vez que a Requerente estava desempregada quando do acidente. Também indefiro o pedido de pagamento das pensões mensais em uma única parcela, na forma do parágrafo único do art. 950 do CC, uma vez que as Requeridas não possuem condições financeiras para tanto.*

Considerando que a Requerente decaiu de parte mínima do pedido, e também o princípio da causalidade, condeno as Requeridas, solidariamente, no pagamento das custas processuais, honorários periciais (já fixados a fls. 291/292) e honorários advocatícios em favor dos patronos da Requerente, que fixo em 15% (dez por cento) sobre o valor atualizado da condenação, com esteio no art. 85, § 2º, do CPC. Observo, todavia, que as verbas sucumbenciais devidas pelas Requeridas ficarão condicionadas ao disposto no art. 98, § 3º do CPC, eis que são beneficiárias da gratuidade processual.

Tendo em vista que os honorários periciais deverão ser custeados pelo Estado, com o trânsito em julgado a presente decisão, expeça-se certidão em favor do Perito para que promova a execução de seu crédito junto ao Juízo competente.

Sentença com excesso do prazo legal em face do acúmulo de serviço.

Conforme relatado, as apelantes buscam: o reconhecimento da culpa concorrente de 50% da apelada pelo acidente de trânsito narrado na inicial, com as implicações decorrentes; a improcedência do pedido de pensão vitalícia, ou, não sendo este o entendimento, a redução do percentual definido na sentença para 25% do salário mínimo, ressalvando-se a hipótese de cessação da incapacidade; a redução das indenização por danos morais e estéticos em 50%; e, por fim, a redistribuição do ônus de sucumbência, com a condenação da autora no pagamento de honorários advocatícios à Defensoria Pública Estadual.

Inicialmente, presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, recebo-o em seus efeitos devolutivo e suspensivo, nos termos do artigo 1.012, do Código de Processo Civil.

No mais, passo ao exame da súplica recursal.

Responsabilidade civil – culpa.

Pretendem as apelantes reformar a sentença. Para tanto, defendem que o evento danoso ocorreu por culpa concorrente das partes, porquanto o acidente de trânsito ocorreu em um cruzamento não sinalizado, devendo ser aplicada a regra contida no artigo 29, III, "c", do Código de Trânsito Brasileiro, que estabelece a preferência do veículo que vier pela direita do condutor, no caso, o veículo das apelantes. Além disso, afirmam que a requerente, ora apelada, conduzia uma motocicleta, veículo notoriamente instável, que exige redobrada cautela do condutor a fim de evitar um resultado lesivo.

Pois bem. Examinando-se os autos, em especial, a circunstâncias fáticas que envolvem o acidente de trânsito, entendo que a insurgência recursal não deve prosperar. Explico.

Colhe-se dos autos (conforme informações contidas no croqui[1] – p. 34) que, no dia 30/06/2010, por volta das 18:30 hs, a autora, condutora da motocicleta, Honda Biz, trafegava pela Avenida Euler de Azevedo, sentido centro/bairro – O/L, e, na Avenida Presidente Vargas, em sentido bairro/área militar – S/L, trafegava o veículo Ford Fiesta, conduzido pela ré Pamela Albuquerque Vargas, de propriedade da ré Priscilla Silva Vargas. No cruzamento destas vias, o segundo veículo, em sua frontal à direita, teria abalroado a motocicleta, em seu flanco posterior direito.

Assim, diante da dinâmica do evento danoso, não há dúvidas de que a requerida Pamela Albuquerque Vargas foi responsável pela colisão com a motocicleta, pois, além de conduzir veículo de maior porte em relação à motocicleta, ao realizar o cruzamento daquelas vias, interceptou a trajetória da autora, condutora da motocicleta.

1 Considera-se a orientação (N/S/L/O) constante no Croqui – p. 34, indicada pelo Policial Militar responsável pela sua elaboração.

Primeiramente, nos termos o artigo 29, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro, extrai-se a regra básica de que os condutores de veículos de maior porte têm o dever de zelar pela segurança daqueles de menor:

> *Art. 29. O trânsito de veículos nas vias terrestres abertas à circulação obedecerá às seguintes normas: (...) § 2º Respeitadas as normas de circulação e conduta estabelecidas neste artigo, em ordem decrescente, os veículos de maior porte serão sempre responsáveis pela segurança dos menores, os motorizados pelos não motorizados e, juntos, pela incolumidade dos pedestres.*

Assim, não há como prosperar qualquer argumento das apelantes no sentido de que a apelada, por conduzir uma motocicleta, veículo de menor porte, deveria ter redobrada atenção.

Ademais, ainda que naquele cruzamento não houvesse sinalização de trânsito na época do acidente e, portanto, seria o caso de típica aplicação do disposto no artigo 29, III, "c", do CTB, no caso em análise, as circunstâncias concretas extraídas dos fatos demonstrados, evidenciam que na avenida por onde trafegava a autora há diferença de fluxo e amplitude em relação a via transversal por onde trafegava a ré, gerando natural compreensão da regra prática de conduta dos motoristas locais que, costumeiramente trafegam no cruzamento em tela, levando ao reconhecimento da preferência de fato em favor da requerente, razão pela qual deve ser mitigada a regra supramencionada.

Isso porque, cuidando-se de cruzamento de vias com desproporção de dimensões físicas e fluxo de tráfego, como na espécie, o bom senso sinaliza no sentido de que a preferência toca ao veículo que provém da via de maior importância, até porque o estancamento da marcha dos veículos que por ali circulassem, para se certificar da possibilidade de transpor o cruzamento com a via secundária, traria sério risco de engavetamentos, afora transtornos para o fluxo de trânsito.

Daí a confiança dos motoristas que transitam por uma avenida de grande porte, de que os condutores provenientes das pequenas travessas respeitarão a preferência de passagem daqueles.

Na situação, tem-se que a Avenida Euler de Azevedo, por onde trafegava a motocicleta da autora, apresenta maior dimensão e fluxo de tráfego do que a transversal de onde provinha o veículo das apelantes.

Aliás, o cruzamento em questão trata-se de um ponto do trânsito desta Capital, de conhecimento comum, de que, quem trafega na Av. Euler de Azevedo tem a preferência de passagem, inclusive no encontro com a Av. Presidente Vargas.

Assim, tem-se que a requerida interceptou a preferencial da autora, ocasionando o acidente de trânsito.

A propósito, a questão foi enfrentada pelo STJ, o qual entendeu que num cruzamento não sinalizado, em princípio, a preferência é do veículo que vem da direita, exceto, se as vias de fluxo de trânsito são distintas e as regras de experiência e confiança preveem a preferência daquele que trafega na avenida maior, como ocorre no caso concreto.

E, ainda:

> *A preferência de fato não pode ser repelida na espécie, impondo-se, por isso, maiores cuidados ao motorista que pretende cruzar rua com essa característica. Aliás, já se decidiu que, em se tratando de preferência evidente, de fato, não tem aplicação, consequentemente, a norma do Código Nacional de Trânsito consoante a qual, nos cruzamentos não sinalizados, a preferência é do veículo que vem da direita (cf. RT 564/336)* (Ap. n° 583.951-8, lia câm. Especial (janeiro/95) do extinto I o TAC, Rei. Ary Bauer, j . 3.1.95).

Portanto, não há como acolher a tese das apelantes quanto à culpa concorrente.

Oportunamente, tenho por bem destacar os fundamentos lançados na sentença, que bem delimitam a responsabilidade da requerida quanto ao acidente de trânsito narrado na inicial:

> *Conforme consta no Boletim de Ocorrências de fls. 29, a Autora estava trafegando na Av. Dr. Euler de Azevedo, no sentido oeste/leste, enquanto a Ré Pamela Albuquerque Vargas trafegava pela Av. Presidente Vargas, no sentido sul/norte. Ao adentrarem no cruzamento das vias, ocorreu a colisão da frontal do automóvel conduzido pela Ré, no flanco posterior direito da motocicleta da Autora, resultando em danos materiais nos veículos e duas vítimas.*
>
> *Em primeiro momento, antes de adentrar na análise das regras de trânsito, é necessário visualizar a relação entre as vias em questão.*
>
> *Imagens do 'google maps' (fls. 37/41) mostram a Av. Dr. Euler de Azevedo em cor destacada das demais vias, evidenciando que se trata de uma via com fluxo mais intenso. A própria testemunha arrolada pelas Requeridas reconheceu na audiência de instrução tal fato (fls. 273/274).*
>
> *A Av. Presidente Vargas é inclusive bem mais estreita que a Av. Dr. Euler de Azevedo no ponto onde ocorreu o sinistro. Além disso, o cruzamento entre as vias não é direto, pois o motorista necessita fazer uma leve curva para acompanhar o desenho do canteiro central. Fica evidente que o fluxo da Av. Presidente Vargas subordina-se ao fluxo da Av. Dr. Euler de Azevedo.*
>
> *Não há regra no CTB que regule a relação entre avenidas e ruas. Em princípio, a falta de sinalização levaria a aplicação do art. 29, III, "c", do CTB, que determina que a preferência é de quem vier a direita do condutor.*
>
> *Ocorre que, diante da disparidade dos fluxos de veículos entre a referidas vias, a aplicação desta regra no caso não é lógica e causaria vários transtornos, pois obrigaria todos os veículos que trafegam na Av. Dr. Euler de Azevedo, de intenso fluxo, a parar para que veículos provenientes da Av. Presidente Vargas pudessem atravessar, aumentando a possibilidade de acidentes.*
>
> *A regra, se assim aplicada, iria de encontro ao bem comum visado pela lei, que é o trânsito em condições seguras (art. 1º, § 2º do CTB), de forma que o caso em questão deve-se pautar também pelas regras de experiência.*
>
> *Nesse sentido já decidiu o STJ:*
>
> *AUSÊNCIA DE SINALIZAÇÃO. REGRA DE EXPERIÊNCIA. VALIDADE. COMPORTAMENTO DO CONDUTOR. INCREMENTO DE RISCO. RESPONSABILIDADE DOS VEÍCULOS DE MAIOR PORTE. RECONHECIMENTO.*
>
> *1. Num cruzamento não sinalizado, em princípio, a preferência é do veículo que vem da direita, consoante determina o art. 29, III, "c", do CTB. Contudo, se as vias têm fluxo de trânsito muito distintos, como ocorre entre ruas e avenidas, a regra de experiência determina que o veículo que trafega pela rua dê preferência ao veículo que trafega pela avenida, independentemente da sinalização. (...). (Resp nº 1.069.446 PR, Rel. Exmª. Ministra Nancy Andrighi, Julgamento: 20/10/2011. Terceira Turma).*
>
> *É do senso comum que um veículo que trafega em uma avenida normalmente tem seu trânsito livre, e que o veículo que vai cruzá-la deve observar o tráfego antes de fazê-lo.*

E o CTB determina que 'o condutor deverá, a todo momento, ter domínio do seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito'. (art. 28).

No caso, a diferença de fluxo entre as duas vias é grande, de forma que é instintivo que aqueles que trafegam na Av. Dr. Euler de Azevedo têm preferência sobre aqueles que trafegam na Av. Presidente Vargas.

Além disso, o art. 29 § 2º do CTB determina que 'respeitadas as normas de circulação e conduta estabelecidas neste artigo, em ordem decrescente, os veículos de maior porte serão sempre responsáveis pela segurança dos menores (...)', o que cria um dever adicional de cautela dos veículos maiores em relação aos menores.

É importante esclarecer que a condutora da motocicleta também deveria estar atenta a cada cruzamento, mas no caso não existe qualquer indício de que a Autora teria agido de forma imprudente, sem a atenção necessária para conduzir seu veículo.

Ademais, a motocicleta foi atingida quando já se encontrava quase concluindo a travessia do cruzamento, tanto que a colisão se deu em seu flanco posterior direito, o que denota imprudência da Requerida.

Assim, considerando que, no cruzamento das vias Av. Dr. Euler de Azevedo e Av. Presidente Vargas, a preferência de passagem é do condutor que segue pela Av. Dr. Euler de Azevedo, tenho que está comprovada a culpa da condutora do automóvel, que não se desincumbiu do ônus que lhe competia com relação à exclusão de sua responsabilidade, e assim deve indenizar a Requerente.

Danos morais e estéticos – valor.

Insurgem-se as apelantes quanto ao valor da indenização fixada na sentença a título de danos morais e estéticos, pretendendo a redução em 50%.

Pois bem. Como é sabido, o dano moral, em si mesmo, não precisa nem pode ser provado. O que deve ser provado são fatos, condutas ou omissões que ocasionem a mencionada ofensa aos direitos da personalidade e, por consequência, sofrimento e dor ao prejudicado. A avaliação sobre quais fatos que causam dano moral deve ser feita pelo juiz, segundo a jurisprudência e as regras da experiência.

No caso, não restam dúvidas de que o acidente de trânsito narrado na inicial ocasionou danos morais passíveis de serem indenizados, porquanto o evento lesivo implicou transtornos e aborrecimentos que ultrapassaram os limites do simples desconforto decorrente de situação cotidianas.

Com relação à quantia indenizatória, o arbitramento deve ser feito com moderação e em obediência aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, levando-se, ainda, em conta a condição social e a capacidade econômica do ofensor e do ofendido, para que não haja um enriquecimento sem causa deste último e, tampouco aquele fique sem punição.

Além disso, a indenização pela reparação do dano moral deve ser fixada em valor que permita propiciar uma compensação razoável à vítima, a guardar conformidade com o grau da culpa e a influenciar no ânimo do ofensor, de modo a não repetir a conduta.

Deste modo, conclui-se que os danos morais devem ser fixados após a análise dos vários fatores existentes no caso concreto, que condicionam a justa apreciação de todos os aspectos envolvidos, principalmente atentando-se à gravidade do dano causado, ao grau de culpa e ao poder aquisitivo do responsável e da vítima, sem, no entanto, constituir fonte de enriquecimento ilícito para o autor em detrimento

Neste sentido o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, baseado em decisão do STJ:

> *(...) para aproximar-se do arbitramento que seja prudente e eqüitativo, a orientação maciça da jurisprudência, apoiada na melhor doutrina, exige que o arbitramento judicial seja feito a partir de dois dados relevantes: a) o nível econômico do ofendido; e b) o porte econômico do ofensor; ambos cotejados com as condições em que se deu a ofensa.* (*in* Dano Moral, ed. Juarez de Oliveira, 4a. ed. 2001, p. 37).

O STJ tem o mesmo entendimento:

> *Inobstante a efetiva ocorrência do dano e o dever de indenizar, há de se considerar, na fixação do quantum indenizatório, as peculiaridades do caso em questão - vale dizer, o valor do título protestado, o grau de culpa da recorrente, a repercussão do fato danoso, a inexistência de informações sobre o desfazimento concreto de negócio, exceto indicação sobre uma compra à prazo de utensílio doméstico.* (RESP 705663 - PROC 200401668870 - RJ - 4ª T. Rel. Min. Jorge Scartezzini - DJU 18.04.2005, pg. 351).

No caso em análise, considerando-se os critérios acima destacados, em especial, as graves consequências do acidente sofrido e a internação hospitalar, além das intervenções cirúrgicas pela qual a apelada precisou se submeter, entendo que o montante da indenização pelos danos morais estabelecido na sentença (R$ 30.000,00) deve ser mantido, pois referida quantia não se mostra nem tão baixa – assegurando o caráter repressivo-pedagógico próprio da indenização por danos morais – nem tão elevada – a ponto de caracterizar um enriquecimento sem causa.

Ademais, friso que a importância estabelecida guarda observância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ainda, no que tange aos danos estéticos, tem-se que o acidente narrado na inicial acarretou na vítima lesões e deformidade que levará consigo até os últimos dias de sua vida, conforme destacado no laudo pericial confeccionado nestes autos e observado dos registros fotográficos acostados nos autos (p. 131/136).

Por oportuno, destaca-se:

> *Diante do quadro clínico apresentado pela periciada, de:*
>
> *- marcha claudicante, hipotrofia do quadríceps direito, diminuição de força do membro inferior, discreta limitação de movimentos de flexão do joelho direito, cicatrizes múltiplas na perna direita, doe e limitação de movimentos do tornozelo direito, parestesia da região anterior da perna e tornozelos direitos;*
>
> *- sequelas de fratura exposta de perna direito com grande perda de tecidos moles e que evoluiu para pseudoatrose de tíbia direita, necessitando de várias intervenções cirúrgicas para consolidação da fratura;*
>
> *- lesões com nexo de causalidade compatível com acidente descrito na incial;*
>
> *- considerando que as sequelas comprometem funcionalmente todo o membro inferior direito;*
>
> *- é do parecer de que a mesma é portadora de INCAPACIDADE FUNCIONAL PARCIAL E PERMANENTE DO MEMBRO INFERIOR DIREITO NA PROPORÇÃO DE 50% (CINQUENTA POR CENTO) E INCAPACIDADE LABORATIVA PARA ATIVIDADES QUE EXIJA GRANDES E MÉDIOS ESFORÇOS FÍSICOS E DANO ESTÉTICO COM*

CICATRIZ DE BORDA IRREGULAR E RETRÁTIL NA REGIÃO ANTERIOR DA PERNA DIREITA EM ÁREA APROXIMADA DE 18X12 CENTÍMETROS, CICRATRIZES MÚLTIPLAS NA MESMA PERNA E MARCHA CLAUDICANTE.

Assim, é inegável a existência de cicatriz suportada pela autora, de modo que deve ser mantido o valor da indenização fixada na sentença (R$ 15.000,00).

Pensão mensal.

Neste ponto, as apelantes alegam que a autora não tem direito à pensão mensal, pois, na época do acidente, não auferia qualquer renda que pudesse justificar tal indenização.

Sem razão.

Na forma da legislação de regência, a indenização mede-se pela extensão do dano, devendo o ofensor, no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, indenizar o ofendido prejuízos causados, e se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, a indenização, além daquelas despesas, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para o que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu, afora a reparação moral.

Por oportuno, destacam-se os termos do artigo 950, do Código Civil:

> *Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.*
>
> *Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.*

Ademais, não existe óbice para o deferimento de pensão mensal à autora, sendo irrelevante que, ao tempo do sinistro, não possuísse ocupação remunerada, pois o pensionamento decorre da incapacidade suportada pela vítima, a qual não poderá exercer suas atividades laborais em sua plenitude.

O fato dela estar desempregada ao tempo do acidente de trânsito, não lhe retira o direito ao recebimento de pensão pela incapacidade parcial para o trabalho, especialmente porque a demandante, quando do sinistro, contava com cerca de 22 anos, de modo que, ainda que não estivesse trabalhando, gozava de plena capacidade para tanto, devendo assim ser indenizado pelo déficit decorrente do sinistro.

E mais, o laudo pericial conclui pela parcial incapacidade da requerente, na proporção de 50% em seu membro inferior direito, bem como na incapacidade laborativa para atividades que exijam grandes e médios esforços físicos.

Portanto, é devida a pensão à requerente.

No tocante ao valor desta pensão, as apelantes pretendem a redução para 25% do salário mínimo.

Sem razão.

Isso porque, nos termos do artigo 950, supracitado, o valor da pensão corresponderá à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Assim, face à ausência de demonstração dos vencimentos efetivamente auferidos pela vítima, tem a jurisprudência entendido viável a utilização do salário mínimo como parâmetro indenizatório. Além disso, o percentual definido na sentença (50% do salário mínimo) encontra-se adequado com a realidade fática contida nestes autos, mormente frente às sequelas resultantes do sinistro que fulminaram em sua incapacidade parcial para o trabalho laboral.

Neste sentido:

> *ACIDENTE DE TRÂNSITO - COLISÃO – ULTRAPASSAGEM – INCAPACIDADE FUNCIONAL PERMANENTE DE MEMBRO SUPERIOR – PENSÃO MENSAL DEVIDA PROPORCIONALMENTE À REDUÇÃO FUNCIONAL. Comprovada a culpa do requerido pelo acidente, bem como a incapacidade funcional permanente do membro superior da vítima, é devida a pensão mensal proporcional a incapacidade. Recurso parcialmente provido.* (TJSP – SR 1159054009. Rel. Emanuel Oliveira. J. 15/10/2008).

Ainda, quanto ao termo final, sendo a incapacidade definitiva/permanente, embora parcial, não há como sustentar ser devida a pensão até cessar a incapacidade.

Ônus de sucumbência

Resta prejudicado o pedido de apelantes de redistribuição do ônus de sucumbência, porquanto não houve acolhimento da súplica recursal e, por consequência, a sentença foi mantida inalterada.

Honorários recursais.

Considerando-se que a sentença foi publicada na vigência no novo Código de Processo Civil (p. 322/337), imperiosa a observância do disposto no artigo 85, § 11, para fixação dos honorários recursais, diante do trabalho adicional realizado nesta fase processual.

Por oportuno:

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

Assim, em razão da apresentação de contrarrazões, bem como observado o trabalho realizado pelo causídico da parte apelada e, considerando-se as peculiaridades do caso, majoro os honorários advocatícios em 1%, percentual este que deverá ser acrescido ao montante estabelecido em primeira instância, devendo, para tanto, ser observadas as regras da justiça gratuita concedidas às requeridas.

Diante do exposto, conheço do presente recurso e nego-lhe provimento, mantendo-se na íntegra a sentença objurgada. Ainda, nos termos do artigo 85, § 11, do CPC, majoro os honorários advocatícios em 1%, percentual este que deverá ser acrescido ao montante estabelecido em primeira instância, devendo, para tanto, ser observadas as regras da justiça gratuita concedidas às requeridas.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Vilson Bertelli e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2016.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0804850-97.2013.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Marcos José de Brito Rodrigues

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REPRESENTAÇÃO ADMINISTRATIVA – MENOR – CONSUMO DE BEBIDA ALCOÓLICA EM EVENTO – RESPONSABILIDADE DOS GENITORES – VALOR DA MULTA – ACERTO DO MONTANTE – PARCELAMENTO ADMITIDO – PARCIALMENTE PROVIDO.

A infração objeto dos presentes autos é de cunho administrativo, encontrando-se tipificada no artigo 249, do Estatuto da Criança e do Adolescente, consubstanciada no descumprimento, por parte da apelante, dos deveres inerentes a guarda.

O parcelamento do montante devido a título de multa pela responsável pelo menor é condizente com a principal finalidade da multa, qual seja, inibir a repetição da conduta faltosa, bem como imprime o caráter pedagógico-punitivo, atendendo, ainda, aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, entretanto o parcelamento do montante devido é condizente com a principal finalidade da multa, qual seja, inibir a repetição da conduta faltosa, bem como imprime o caráter pedagógico-punitivo, atendendo, ainda, aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade em vista da dificuldade financeira da parte.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 15 de março de 2017.

Des. Marcos José de Brito Rodrigues - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

R. B. F., nos autos da representação administrativa de n. 0804850-97.2013.8.12.0002 em que contende com Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul e M. Z., oferece recurso de apelação.

A recorrente, em síntese, aduz que:

Inexistem provas nos autos de que foi negligente em relação ao seu filho, flagrado ingerindo bebida alcoólica em evento no parque de exposições da comarca de Dourados/MS, que, inclusive, não teve nenhum direito violado;

Ausente a demonstração do dolo ou culpa necessários a configuração da infração administrativa, a improcedência do pleito é medida que se impõe;

Ao delimitar regras gerais e de caráter abstrato, vigentes por tempo indeterminado e que implicam em restrição direta à liberdade individual de crianças e adolescentes, a Portaria editada (001/11 - VJ), ultrapassou os limites do poder normativo do artigo 149, do ECA, restando eivada de nulidade;

É pessoa de baixa renda, de modo que a imposição de gravame pecuniário tão elevado (três a vinte salários) só agravaria a situação familiar, em decorrência da sua miserabilidade econômica, tornando ainda mais difícil a tarefa de educar os filhos, prejudicando inclusive o sustento do próprio menor, a qual a legislação tem o objetivo de preservar; e,

Mais adequado e pertinente é a substituição da sanção pecuniária prevista no artigo 249, do ECA pela medida de proteção do artigo 101, II, do mesmo diploma, que poderá ser efetivada mediante simples advertência do Juízo.

Ao final, requer o provimento do recurso para que seja reformada a sentença, conforme arrazoado.

O reclamo foi respondido, batendo-se o recorrido pelo improvimento do mesmo.

Em parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo provimento parcial da súplica, reformando a sentença atacada, "*apenas para determinar seja a multa imposta parcelada em prestações iguais no valor correspondente a 5% (cinco por cento) do salário mínimo, mensais e sucessivas, até o integral cumprimento da sanção.*" (*sic*, p. 314).

VOTO

O Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues. (Relator)

R. B. F., nos autos da representação administrativa de n. 0804850-97.2013.8.12.0002 em que contende com Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul e M. Z., oferece recurso de apelação.

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul propôs em desfavor da recorrente e de M. Z. a apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança ou adolescente em vista do auto de infração elaborado pela Coordenadora dos Fiscais do Juízo da Infância e da Juventude que, em fiscalização a 49ª Expoagro de Dourados, no dia 19/5/2013, às 22h9min, flagrou o adolescente I. F. F., filho da representada R. B. F., consumindo bebida alcoólica. Em razão de a representada haver infringido o disposto no ECA e Portaria deste Juízo, o requerente entende que deverá arcar com as responsabilidades decorrentes do poder familiar.

A parte dispositiva da sentença de procedência do pedido inicial está assim descrita:

> *Ante o exposto e o mais que consta nos autos, impõem-se à requerida R. B. F. a multa prevista no artigo 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente, fixada em 3 (três) salários mínimos, que poderá ser recolhida em até cinco parcelas iguais, após o trânsito em julgado desta decisão (artigo 214, §1º, do E.C.A), a qual será destinada ao Instituto Agrícola do Menor - IAME (Agência do Banco Itaú S/A n.º 0464 conta corrente n.º 36267-2), vez que se trata de entidade protetora dos direitos da criança e do adolescente.*

Sem custas (artigo 141, § 2º do E.C.A). (*sic*, p. 270)

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.

Responsabilidade da Genitora

Alega a recorrente que: inexistem provas nos autos de que foi negligente em relação ao seu filho, flagrado ingerindo bebida alcoólica em evento no parque de exposições da comarca de Dourados/MS, que, inclusive, não teve nenhum direito violado; e, ausente a demonstração do dolo ou culpa necessários a configuração da infração administrativa, a improcedência do pleito é medida que se impõe.

Pois bem. De acordo com artigo 227, da Constituição Federal "*É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*". Outrossim, no exercício do poder familiar, compete aos pais, em relação aos filhos, dirigir-lhes a criação e a educação, conforme preceitua o art. 229, da Constituição Federal, capacitando-os especialmente para um pacífico e producente convívio social:

> *Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.*

No mesmo sentido, porém, melhor especificado, são as disposições do Código Civil:

> *Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:*
>
> *I - dirigir-lhes a criação e a educação;*
>
> *II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;*
>
> *(...)*
>
> *IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.*

A infração objeto dos presentes autos é de cunho administrativo, encontrando-se tipificada no artigo 249, do Estatuto da Criança e do Adolescente, consubstanciada no descumprimento, por parte da apelante, dos deveres inerentes a guarda:

> *Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:*
>
> *Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.*
>
> *Ora, a multa administrativa é de natureza objetiva e por isso mesmo se torna devida independentemente de culpa ou dolo da infratora e, no caso em tela, ficou comprovado que os Fiscais do Juízo da Infância e Juventude, em diligência levada a efeito no dia 19/5/2013 (página 10), flagraram, no interior do evento promovido pelo Sindicato Rural de Dourados, 'adolescente circulando pelo parque ingerindo bebida alcoólica cerveja lata 269ml acompanhado de sua irmã, segundo informação do adolescente adquiriu na casa Veterinária, mas não informou e nem indicou quem.'* (*sic*).

Ademais, embora o flagrante realizado, o adolescente I. F. F., de 17 anos, não estava com seus direitos ameaçados ou violados ao participar da 49ª Expoagro - Feira Agropecuária Internacional de Dourados, já que para o aludido evento havia previsão da participação de maiores de 16 (dezesseis) anos, sem a necessidade da companhia de seus pais ou representantes legais.

Assim, conclui-se que a suplicante estava exercendo o poder familiar sobre o filho, porém, em vista de tal afirmação se pode concluir que incorreu na infração discutida, pois este, encontrando-se sob essa proteção, não deveria estar consumindo bebida alcoólica, estando, desta forma, sujeita a aplicação da penalidade prevista pelo art. 249, do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois falhou, enquanto mãe, no dever de formação moral e educacional do filho.

A respeito:

> *Ementa - Infração administrativa - Menores desacompanhados dos pais ou responsável - Consumo de bebida alcoólica - Prova suficiente a confirmar a infração ao art. 249, caput, do ECA c.c. art. 9º, § 2º e art. 12 da Portaria do Juízo da Infância e Juventude de Urânia, nº 02/2003.1(...)* (TJ/SP - Processo APL 11689320108260646 SP - Órgão Julgador: Câmara Especial – RelatorP: residente Da Seção De Direito Público – Publicação: 08/05/2012)

Alegação de Nulidade da Portaria

Assevera a suplicante que ao delimitar regras gerais e de caráter abstrato, vigentes por tempo indeterminado e que implicam em restrição direta à liberdade individual de crianças e adolescentes, a Portaria editada (001/11 - VJ), ultrapassou os limites do poder normativo do artigo 149, do ECA, restando eivada de nulidade.

Em atenção ao feito e, em especial, ao presente argumento da apelação frente ao que foi apresentado na contestação, é possível concluir a recorrente está inovando a discussão existente na lide até a prolação da sentença, pois a tese de nulidade da representação administrativa não foi anteriormente deduzida para que a parte contrária sobre ela se manifestasse e o Juízo singular analise e julgasse, o que, por certo, importa em ofensa aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, além de que incorreria em supressão de instância.

Neste sentido:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – APOSENTARIA POR INVALIDEZ– INTEGRAL – AFASTADA A ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS DA INCAPACIDADE DECORRENTE DE MOLÉSTIA PROFISSIONAL – LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO – COMPENSAÇÃO DE VALORES DA APOSENTADORIA INTEGRAL COM AQUELES PERCEBIDOS POR AUXÍLIO DOENÇA – INOVAÇÃO RECURSAL – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NA PARTE CONHECIDA NÃO PROVIDO.*
>
> *Será concedida aposentadoria com proventos integrais, quando restar comprovada, por laudo judicial, a incapacidade decorrente de moléstia profissional como exigido na Lei Municipal de Amambaí n. 1.874/04 (§1º do art. 36)*
>
> *Inviável a análise de pedido relativo á compensação entre os valores da aposentadoria com os valores recebidos por auxílio doença, quando se tratar de inovação recurso, pois implica supressão de instância, o que é vedado.* (TJ/MS - 3ª Câmara Cível - Apelação Nº 0000766-85.2010.8.12.0004 - Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho – Julgamento: 03/12/2013) Destaquei
>
> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO – MATÉRIA NOVA ALEGADA NAS RAZÕES RECURSAIS – INOVAÇÃO DE PEDIDO E CAUSA DE PEDIR – IMPOSSIBILIDADE – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – PRELIMINAR ACOLHIDA EM PARTE – CLÁUSULA PENAL – DESCUMPRIMENTO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO – INCIDÊNCIA DO ART.*

413 DO CÓDIGO CIVIL – PRECEITO DE ORDEM PÚBLICA - POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE OFÍCIO PELO JUIZ - QUESTÃO CONHECIDA - REDUÇÃO PROPORCIONAL DA CLÁUSULA PENAL - RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO.

O ordenamento processual civil proíbe a inovação da causa de pedir com a inclusão de matéria nova quando da apresentação das razões recursais, devendo o recurso limitar-se à impugnação dos fatos decididos e discutidos na sentença, sob pena de caracterizar verdadeira supressão de instância.

Nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício.

Em caso de atraso no pagamento de parcela referente a contrato, a cláusula penal deverá incidir tão somente sobre ela, e não sobre o valor total da obrigação, sob pena de enriquecimento sem causa de uma das partes contratantes inteligência do 413 do novel Código Civil. (TJ - 4ª Câmara Cível - Apelação Nº 0800996-18.2011.8.12.0018 - Relator Des. Paschoal Carmello Leandro - Julgamento: 12/11/2013) Destaquei

Logo, não merece o conhecimento essa alegação.

Da multa

Por derradeiro, a apelante aduz que é pessoa de baixa renda, de modo que a imposição de gravame pecuniário tão elevado (três a vinte salários) só agravaria a situação familiar, em decorrência da sua miserabilidade econômica, tornando ainda mais difícil a tarefa de educar os filhos, prejudicando inclusive o sustento do próprio menor, a qual a legislação tem o objetivo de preservar; e, mais adequado e pertinente é a substituição da sanção pecuniária prevista no artigo 249, do ECA pela medida de proteção do artigo 101, II, do mesmo diploma, que poderá ser efetivada mediante simples advertência do Juízo.

Em razão das provas trazidas ao feito, tenho que merece ser confirmado o montante fixado a título de multa imposta (três salários mínimos), prevista no artigo 258, do ECA, em consequência da procedência da ação quanto a infração administrativa prevista no referido artigo, considerando os fatos ocorridos e a nocividade da conduta.

Entretanto, com relação ao pedido alternativo consistente na redução da multa em caso de manutenção da sentença, assiste parcial razão à recorrente.

Como sobejamente sabido, a pena pecuniária possui como um de seus precípuos, além de punir a autuada pelo descumprimento dos aludidos dispositivos legais, tolher-lhe o cometimento de futura infração, pelo que não pode estampar valor irrisório.

No caso em apreço, em vista da manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça deste Estado, titular da ação em segundo grau de jurisdição, entendo que o importe arbitrado deve ser revisto, haja vista, em seu parecer, muito bem concluir pela dificuldade financeira da recorrente de honrar a pena pecuniária com o pagamento à vista, sem prejuízo do seu sustento e de seus dependentes, o que, inclusive, encontra respaldo na jurisprudência:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AUTO DE INFRAÇÃO. APLICAÇÃO DE PENALIDADE POR INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. ARTIGO 249, DO ECA. PARCELAMENTO DO VALOR DA MULTA. POSSIBILIDADE.

1. SE O MENOR TRABALHAVA EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL, EM

CONDIÇÕES IMPRÓPRIAS E EM HORÁRIO NOTURNO, CABÍVEL A APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 249 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, EM RAZÃO DO DESCUMPRIMENTO DE DEVERES INERENTES AO PÁTRIO PODER.

2. COMPROVADO QUE O PAGAMENTO À VISTA DO VALOR RELATIVO À MULTA COMINADA EM VIRTUDE DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA IRÁ PREJUDICAR A SUBSISTÊNCIA DA FAMÍLIA, CABÍVEL O PARCELAMENTO DO DÉBITO. (TJ/DF – Processo: 24390520068070001 DF - Órgão Julgador: 3ª Turma Cível - Relatora: Des. NÍDIA CORRÊA LIMA - Processo: 24390520068070001 DF - Publicação: 30/10/2007, DJU Pág. 138 Seção: 3)

Outrossim, destaco que o parcelamento do montante devido é condizente com a principal finalidade da multa, qual seja, inibir a repetição da conduta faltosa, bem como imprime o caráter pedagógico-punitivo, atendendo, ainda, aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Logo, acolhendo o parecer Ministerial, impõe-se a reforma da sentença tão somente para permitir que seja a multa imposta parcelada em prestações iguais no valor correspondente a 5% (cinco por cento) do salário mínimo, mensais e sucessivas, até o integral cumprimento da sanção.

Diante do exposto, com o parecer, dou parcial provimento ao recurso de apelação para reforma em parte a sentença para que a multa imposta à apelante seja parcelada em prestações iguais no valor correspondente a 5% (cinco por cento) do salário mínimo, mensais e sucessivas, até o integral cumprimento da sanção, mantendo-se a sentença objurgada quanto aos seus demais termos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Vilson Bertelli e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 15 de março de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0381005-80.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator designado Des. Nélio Stábile

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS – PRELIMINAR DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – REJEITADA – MÉRITO – AJUSTE REALIZADO ENTRE AS PARTES, POR *E-MAIL*, EM QUE HÁ ACERTO DE VERBA HONORÁRIA, POSSUI FORÇA CONTRATUAL – ADVOCACIA É ATIVIDADE DE MEIO, E NÃO DE FIM – RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO ALCANÇADO PELO ADVOGADO – VERBA HONORÁRIA CONTRATADA É DEVIDA – INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – MULTA NÃO DEVIDA – HONORÁRIOS RECURSAIS DEVIDOS AO PATRONO DO VENCEDOR – RECURSO DE SILZOMAR E OUTRO PARCIALMENTE PROVIDO – RECURSO DE IBM DESPROVIDO.

Havendo constatação de que a apelante apresentou impugnação aos fundamentos da sentença, pleiteando sua reforma, é de ser rejeitada a preliminar de ofensa à dialeticidade.

Em sendo constatado que houve acerto de honorários advocatícios por troca de *e-mails*, cuja falsidade não foi sequer alegada pela parte contrária, é de se emprestar a referidas mensagens eletrônicas a força de contrato. Nada obstante a alegação de que o advogado tenha ajuizado medida equivocada, o fato é que a empresa conseguiu a reversão/anulação do julgado, em instância superior, com o que não teve prejuízos em razão do alegado erro do causídico. Ademais, a advocacia é atividade de meio, e não de fim (resultado).

Como os valores dos honorários foram acertados previamente pelas partes por mensagens eletrônicas (com força de contrato), não há se falar em utilização de tabela da OAB para fixação de honorários, mas sim em percentual daquilo que havia sido ajustado.

Como a divergência no presente julgamento tratou especificamente do mérito da questão, as demais premissas estabelecidas pelo Desembargador Relator hão de ser mantidas, razão pela qual as custas do processo e os honorários devem ser suportadas pela IBM. Pelo mesmo motivo, os honorários recursais em favor de Silzomar e outros, arbitrados pelo voto do Desembargador Relator originário, com majoração no percentual de 5% nesta Instância, devem ser mantidos, observados os limites estabelecidos pelo artigo 85, §11, e demais úteis, do Código de Processo Civil de 2015.

Pelo fato de o recurso de IBM ter sido desprovido, por maioria, não há se falar em honorários recursais em favor de referida empresa.

Em sendo constatado que a conduta da parte não enquadrou-se em quaisquer das hipóteses do artigo 80, do CPC, não há se falar em litigância de má-fé.

É desnecessária a manifestação expressa a respeito de todos os dispositivos legais citados pelas partes, sendo imprescindível apenas que o julgado aprecie os pedidos e causas de pedir dos demandantes, o que foi observado no julgado.

Recurso de Silzomar e outro parcialmente provido. Recurso de IBM desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, afastar a preliminar. Por maioria, negaram provimento ao recurso de IBM Brasil Ind. Máquinas e Serviços Ltda e deram parcial provimento ao apelo de Silzomar Furtado Mendonça Júnior, em maior extensão, nos termos do voto do 1º Vogal, vencido o relator, que dava parcial provimento a ambos os recursos.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2017.

Des. Nélio Stábile - Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Juízo de Admissibilidade (art. 1.010, §3º, do NCPC e enunciado 99 do FPPC)

Presentes os pressupostos de admissibilidade, recebo o recurso de apelação em ambos os efeitos.

Relatório

IBM Brasil Indústria, Máquinas e Serviços Ltda. e Silzomar Furtado Mendonça Júnior, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 14ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de arbitramento de honorários que este move em face daquela, interpõem apelações cíveis, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, a fim *"arbitrar em favor do autor, pela atuação nos processos mencionados na fundamentação, honorários advocatícios no valor de R$ 50.000,00, a serem pagos pela ré monetariamente corrigidos pelo IGP-M/FGV desde o ajuizamento desta ação (Lei n. 6.899/81, art. 1º, § 2º) e com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação (CPC, art. 219 e CC/02, art. 405)"*. (f. 643)

Do recurso de apelação interposto por Silzomar Furtado Mendonça Júnior

Alega que o valor arbitrado pelo julgador a quo equivale a 0,57% do valor de apenas uma das causas objeto do arbitramento, o que não é razoável, e não se encontra em sintonia com o critério para a sua fixação. E mais, a sentença não considerou o laudo elaborado pelo perito, cuja confecção por determinada pelo próprio juiz.

Relata que não foi considerada a natureza e a importância das causas, que envolviam grandes empresas multinacionais, além de elevados valores, à época de quase cinco milhões (atualmente nove milhões).

Argumenta que a jurisprudência desta Corte é no sentido de que, na hipótese de inexistir convenção entre as partes, como no presente caso, o magistrado deverá adotar remuneração compatível com o trabalho e valor econômico da questão, não podendo ser inferior aos valores fixados pela tabela da OAB.

Reverbera que, pelo princípio da causalidade, deve a parte requerida ser condenada integralmente ao pagamento das custas processuais e honorários. E ainda, em caso de sucumbência recíproca, deve ser afastada a compensação.

Requer o provimento do recurso, a fim de que os honorários advocatícios sejam fixados entre 10% e 20% dos valores envolvidos nas causas, ou, sucessivamente, sejam fixados de acordo com o laudo pericial, ou, que sejam majorados.

Por fim, prequestiona a matéria.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

Do recurso adesivo interposto por IBM Brasil Indústria, Máquinas e Serviços Ltda.

Explana que o apelado cometeu erro ao interpor recurso errado durante o trâmite da ação revisional n. 0023899-59.1996.8.12.0001 (apelação cível ao invés de agravo de instrumento), o que mitigou o direito de defesa do ora apelante, permitindo assim o início antecipado da busca de bens para satisfação da dívida.

Esclarece que o apelado atuou de forma desidiosa ao deixar de apresentar em juízo da ação revisional a carta de fiança, ocasionando a penhora on-line indevida. Por esta razão, mais de quatro milhões de reais foram bloqueados.

Argumenta que os embargos de terceiro, mandados de segurança e demais recursos só foram apresentados com uma tentativa frustrada do apelado de corrigir o seu erro.

Alude que, em atenção ao princípio da eventualidade, requer a redução da verba honorária, sob pena de enriquecimento ilícito.

Em contrarrazões, o apelado suscita preliminar de não conhecimento do recurso e, no mérito, manifesta-se pelo seu desprovimento, pugnando ainda pela condenação da requerida por litigância de má-fé.

VOTO (EM 29/11/2016)

O Sr. Des. Eduardo Machado Rocha. (Relator)

IBM Brasil Indústria, Máquinas e Serviços Ltda. e Silzomar Furtado Mendonça Júnior, inconformados com a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 14ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande, nos autos da ação de arbitramento de honorários que este move em face daquela, interpõem apelações cíveis, objetivando a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, a fim *"arbitrar em favor do autor, pela atuação nos processos mencionados na fundamentação, honorários advocatícios no valor de R$ 50.000,00, a serem pagos pela ré monetariamente corrigidos pelo IGP-M/FGV desde o ajuizamento desta ação (Lei n. 6.899/81, art. 1º, § 2º) e com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação (CPC, art. 219 e CC/02, art. 405)"*. (f. 643)

O requerente ingressou com a presente demanda, sustentando, em síntese que defendeu os interesses da por meio de contrato verbal de honorários, dada a confiança que mantinha com a requerida.

Aduziu que prestou serviços volumosos e de complexidade em favor da demandada, mais especificamente nos autos de embargos de terceiro n. 001.07.139131-3, mandados de segurança n. 2008.000259-6 e 2008.000062-6, agravo regimental em mandado de segurança n. 2008.000062-6 e apelação cível n. 2008.002371-0.

Relatou que, apesar da expectativa de recebimento de honorários no percentual de 10% por tais serviços, sendo 5% de início e 5% em caso de êxito, nunca os recebeu, a despeito das tratativas via *e-mails*, de modo que inclusive renunciou ao mandato que lhe fora outorgado pela ré.

Requereu a procedência do pedido, a fim de fossem arbitrandos honorários em seu favor, tendo por base mínima o art. 2º da Resolução n. 24/07 da OAB/MS, que institui a tabela de honorários mínimos.

Devidamente citada, a requerida manifestou-se pela improcedência dos pedidos. (f. 170/186)

Foi realizada a prova pericial, tendo as partes se manifestado. (f. 564/586, 590/609)

O magistrado a quo julgou parcialmente procedente o pedido, a fim *"arbitrar em favor do autor, pela atuação nos processos mencionados na fundamentação, honorários advocatícios no valor de R$ 50.000,00, a serem pagos pela ré monetariamente corrigidos pelo IGP-M/FGV desde o ajuizamento desta ação (Lei n. 6.899/81, art. 1º, § 2º) e com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação (CPC, art. 219 e CC/02, art. 405)"*. (f. 643)

Irresignadas, ambas as partes recorrem a esta Corte pleiteando a reforma da sentença.

Do recurso de apelação interposto por Silzomar Furtado Mendonça Júnior

Alega que o valor arbitrado pelo julgador a quo equivale a 0,57% do valor de apenas uma das causas objeto do arbitramento, o que não é razoável , e não se encontra em sintonia com o critério para a sua fixação. E mais, a sentença não considerou o laudo elaborado pelo perito, cuja confecção por determinada pelo próprio juiz.

Relata que não foi considerada a natureza e a importância das causas, que envolviam grandes empresas multinacionais, além de elevados valores, à época de quase cinco milhões (atualmente nove milhões).

Argumenta que a jurisprudência desta Corte é no sentido de que, na hipótese de inexistir convenção entre as partes, como no presente caso, o magistrado deverá adotar remuneração compatível com o trabalho e valor econômico da questão, não podendo ser inferior aos valores fixados pela tabela da OAB.

Reverbera que, pelo princípio da causalidade, deve a parte requerida ser condenada integralmente ao pagamento das custas processuais e honorários. E ainda, em caso de sucumbência recíproca, deve ser afastada a compensação.

Requer o provimento do recurso, a fim de que os honorários advocatícios sejam fixados entre 10% e 20% dos valores envolvidos nas causas, ou, sucessivamente, sejam fixados de acordo com o laudo pericial, ou, que sejam majorados.

Por fim, prequestiona a matéria.

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

Do recurso adesivo interposto por IBM Brasil Indústria, Máquinas e Serviços Ltda.

Explana que o apelado cometeu erro ao interpor recurso errado durante o trâmite da ação revisional n. 0023899-59.1996.8.12.0001 (apelação cível ao invés de agravo de instrumento), o que mitigou o direito de defesa do ora apelante, permitindo assim o início antecipado da busca de bens para satisfação da dívida.

Esclarece que o apelado atuou de forma desidiosa ao deixar de apresentar em juízo da ação revisional a carta de fiança, ocasionando a penhora on-line indevida. Por esta razão, mais de quatro milhões de reais foram bloqueados.

Argumenta que os embargos de terceiro, mandados de segurança e demais recursos só foram apresentados com uma tentativa frustrada do apelado de corrigir o seu erro.

Alude que, em atenção ao princípio da eventualidade, requer a redução da verba honorária, sob pena de enriquecimento ilícito.

Em contrarrazões, o apelado suscita preliminar de não conhecimento do recurso e, no mérito, manifesta-se pelo seu desprovimento, pugnando ainda pela condenação da requerida por litigância de má-fé.

De início, cumpre esclarecer que será aplicado no julgamento deste recurso às normas do Novo Código de Processo Civil, na medida que a sentença recorrida restou prolatada quando já vigente o atual Código (art. 14 c/c art. 1.1.046, NCPC[1]).

Conveniente anotar, ademais, o Enunciado Administrativo n. 3 do Superior Tribunal de Justiça:

> *Enunciado administrativo número 3. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.*

Sendo assim, adota-se ao presente recurso às regras do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015).

Feitos tais esclarecimentos, passo à análise da preliminar suscitada em contrarrazões pelo autor.

O princípio da dialeticidade consiste no ônus do recorrente motivar o recurso no ato da interposição, apontando as razões de seu inconformismo com a decisão impugnada, trazendo para isso subsídios à reforma, invalidação ou integração do ato.

Relativamente ao recurso de Apelação, o princípio em questão está disciplinado no art. 514, II do CPC/73, *in verbis*:

> *A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterá:(...)*
>
> *II- os fundamentos de fato e de direito;*

Araken de Assis leciona que:

> *Entende-se por princípio da dialeticidade o ônus de o recorrente motivar o recurso no ato de interposição [...] O fundamento do princípio da dialeticidade é curial. Sem cotejar as alegações do recurso e a motivação do ato impugnado, mostrar-se-á impossível ao órgão ad quem avaliar o desacerto do ato, a existência de vício de juízo (error in iudicando), o vício de procedimento (error in procedendo) ou defeito típico que enseja a declaração do provimento. A motivação do recurso delimita a matéria impugnada (art. 515, caput). É essencial, portanto, à predeterminação da extensão e profundidade do efeito devolutivo. Por outro lado, a falta de motivação prejudica o contraditório: desconhecendo as razões do recorrente, o recorrido não pode se opor eficazmente à pretensão recursal.* (Manual dos Recursos, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 94/96).

No mesmo sentido, Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustárroz asseveram que:

1 Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.
Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

> *É absolutamente correta a exigência de que as razões do recurso guardem estreita relação com o ato judicial impugnado, pois a própria finalidade dos recursos é permitir ao cidadão criticar os provimentos públicos. Visualizado o procedimento recursal, as razões recursais que transcrevem manifestação pretérita carecem de atualidade, tornando inepta a petição de insurgência. (...) Em todas essas situações, o recorrente perde uma excelente oportunidade de levar o debate ao órgão ad quem, pela sua própria incúria. Por tal motivo, restando prejudicado o debate na instância recursal, correto o juízo negativo de admissibilidade.* (Manual dos Recursos Cíveis, 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 116-117.)

No caso dos autos, a apelante IBM Brasil impugnou de forma específica a sentença, pois manifestou seu inconformismo com a parcial procedência do pedido formulado na inicial, sustentando sua irresignação no sentido de que o requerente cometeu erro ao interpor recurso errado durante o trâmite da ação revisional n. 0023899-59.1996.8.12.0001, o que mitigou o direito de defesa da ora apelante.

Neste sentido:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – RECURSO DA SEGURADORA – AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO-DPVAT – PRELIMINARES – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE E DESERÇÃO – AFASTADAS – PRESCINDIBILIDADE DO BOLETIM DE OCORRÊNCIA – GRAU DE LESÃO – VALOR DA INDENIZAÇÃO – TABELA DA LEI Nº 11.945/09 – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PERCENTUAL MANTIDO – RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. - Não se revela a ofensa ao princípio da dialeticidade, quando o apelante traz argumentos que se coadunam com aqueles contemplados na decisão a quo, insurgindo-se, claramente, contra a decisão lançada nos autos [...]* (TJ/MS - Apelação Nº 0811644-06.2014.8.12.0001, 2ª Câmara Cível, Relator Juiz Jairo Roberto de Quadros, j. 10 de agosto de 2016)

Logo, rejeito a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade.

Mérito

Analiso conjuntamente ambos os recursos.

A questão posta nos presentes recursos cinge-se em saber se o autor faz jus ao arbitramento de honorários advocatícios a seu favor e, em caso positivo, qual o valor devido.

Compulsando os autos, depreendo que a empresa S&A Construções e Serviços Ltda ingressou com ação revisional de contrato c/c indenização em face do Banco IBM Leasing Arrendamento Mercantil S/A (autos n. 001.96.023899-5). Na ocasião, o ora autor era o causídico do banco requerido. (f. 229 e seguintes)

Na aludida ação o magistrado condenou o banco ao pagamento de indenização em valores ilíquidos a serem apurados em liquidação.

Vejo também, que no dia 10 de março de 2004 o autor foi contratado para defender os interesses do Banco IBM S/A na liquidação do julgado proferido na ação revisional de contrato c/c indenização - f. 204/206.

> *Iniciada a fase de liquidação de sentença, o Banco IBM S/A e o autor celebraram novo contrato de honorários para o caso S&A Construções e Serviços Ltda, para que surtisse efeitos até o encerramento completo da ação.*
>
> *A liquidação de sentença instaurada pela S&A Construções e Serviços Ltda contra o Banco IBM S/A foi ao final julgada procedente, com a condenação deste ao pagamento de R$ 2.724.816,40.*

Até este momento, apesar das supervenientes derrotas sofridas pelo Banco IBM S/A, o caso S&A Construções e Serviços Ltda, transcorria em seu curso normal, com a apresentação pelo autor dos incidentes processuais e ajuizamento dos recursos necessários, como é feito normalmente por qualquer advogado na defesa de seu cliente em um determinado caso para o qual foi contratado.

Todavia, tão logo proferida a decisão acima, por conta de erros processuais do autor o caso S&A Construções e Serviços Ltda tomou rumo desastroso, que culminou no indevido bloqueio de R$ 4.864.373,00 (quatro milhões oitocentos e sessenta e quatro mil trezentos e setenta e três reais) nas contas correntes da ora ré IBM Brasil – Indústria, Máquinas e Serviços Ltda., terceira estranha àquela lide então travada unicamente entre a empresa S&A Construções e Serviços Ltda, e o Banco IBM S/A.

O primeiro erro consistiu na interposição pelo autor de recurso de apelação contra a decisão que julgou procedente a liquidação de sentença no caso S&A Construções e Serviços Ltda, quando o recurso cabível definido pelo artigo 475-H do CPC é o agravo de instrumento.

Melhor dizendo, o autor interpôs recurso errado!

Desta feita, o recurso de apelação não foi conhecido, e iniciou-se, de maneira antecipada e indevida, uma agressiva execução de sentença contra o Banco IBM S/A, que apresentou na oportunidade uma carta de fiança bancária para a garantia da execução e oferecimento de impugnação, sendo que por determinação do Juízo da execução o valor caucionado foi depositado e transferido para a Conta Única do Poder Judiciário do Mato Grosso do Sul.

Ocorre que o autor, em outro grave erro cometido, no caso S&A Construções e Serviços Ltda, não informou ao Juízo da execução a realização do depósito da carta de fiança prestada pelo Banco IBM S/A, pelo que o Juiz do caso determinou o bloqueio eletrônico milionário nas contas correntes da ora ré IBM Brasil – Indústria, Máquinas e Serviços Ltda, estranha à lide, mas que se viu compelida a ingressar no feito, não obstante nada tenha a ver com o caso.

(...)

E foi a partir do bloqueio do elevado montante de R$ 4.864.373,00 (quatro milhões oitocentos e sessenta e quatro mil trezentos e setenta e três reais) nas contas correntes da ré que o autor, na tentativa de corrigir os erros cometidos, adotou as medidas processuais objeto da presente ação de arbitramento de honorários, consistentes em um embargos de terceiros e medidas correlatas a tais embargos. (excerto da contestação, f. 173/174)

Registro ainda que as f. 09, a empresa ora requerida outorgou procuração ao ora autor para defender seus interesses nos autos n. 0023899-59.1996.8.12.0001/08 (cumprimento de sentença da ação revisional), *verbis*:

(...) outorga, independentemente de ordem de nomeação, todos os poderes contidos na cláusula ad judicia, para o fim especial de defender o outorgante no processo n. 00196023899-5/008 e em todos os recursos a estes vinculados, perante a 7ª Vara Cível de Campo Grande, podendo praticar todo e qualquer ato necessário ao fiel cumprimento do presente mandato (...)

Não obstante os serviços prestados pelo autor, a sua alegação na presente demanda é de que ele teria prestado serviços advocatícios em favor da demandada nos seguintes feitos, sem a devida contraprestação:

Embargos de Terceiro n. 001.07.139131-3; Mandados de Segurança n. 2008.000259-6 e 2008.000062-6; Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2008.000062-6 e, Apelação Cível n. 2008.002371-0.

Sendo assim, analiso os presentes recursos com base nestas ações, já que somente elas são objeto do pedido do autor.

No que concerne aos embargos de terceiro (autos 001.07.139131-3 – f. 81 e seguintes), estes tinham por objetivo desconstituir a penhora determinada no cumprimento de sentença proferida na já citada ação revisional. O valor envolvido naqueles embargos era de R$ 4.864.373,00 (quatro milhões oitocentos e sessenta e quatro mil trezentos e setenta e três reais), porém aludido feito foi extinto sem resolução do mérito diante da ilegitimidade ativa. (f. 99)

Em face desta sentença, o autor interpôs recurso de apelação (autos 2008.002371-0 – f. 101 e seguintes), que foi julgado manifestamente improcedente, conforme f. 115/116.

Como consequência, foi interposto agravo regimental (f. 118 e seguintes), que foi provido por maioria, sob o fundamento de que *"Se a matéria discutida nos autos é controvertida nesse Tribunal e nos Tribunais superiores, o feito deve ser apreciado pelo colegiado e não decidido monocraticamente"* (f. 336/342)

Não obstante, o apelo foi desprovido, não existindo nenhum proveito econômico a favor da requerida. (f. 331/334)

Com relação ao Mandado de Segurança n. 2008.000259-6 (f. 13 e seguintes), que visava a suspensão da expedição de alvará no valor de R$ 4.864.373,00 (quatro milhões oitocentos e sessenta e quatro mil trezentos e setenta e três reais), vê-se que foi extinto pela perda do objeto (f. 29).

No que tange ao *mandamus* n. 2008.000062-6 (f. 125 e seguintes), que tinha por objetivo discutir matérias atinentes aos anteriores embargos de terceiro, vê-se que foi extinto pela desistência e arquivado em 2008 (f. 325), tendo sido mantida a decisão em sede de agravo regimental. (f. 328)

Como se denota, todas as ações acima relacionadas foram intentadas já na fase de cumprimento de sentença (execução do julgado), tendo como objetivo evitar a constrição judicial da requerida no valor de mais de quatro milhões de reais. Contudo, nestas demandas o autor não logrou êxito, em outras palavras, a requerida não teve nenhum proveito econômico.

Como bem fundamentou o julgador *a quo*: *"(...) é certo que do trabalho do autor não trouxe à ré nenhum benefício econômico, sem contar que as ações em questão foram extintas por decisões terminativas, ou seja, sem resolução de mérito, em curto espaço de tempo."* (f. 642)

De mais a mais, ainda que não seja objeto da inicial, porém para melhor contextualizar os fatos, cito o Mandado de Segurança n. 2008.002569-7 (f. 32 e seguintes) onde demonstra que o mesmo foi indeferido liminarmente. E ainda, o mandado de segurança n. 2008.000065-7, também impetrado pelo causídico (f. 63 e seguintes), que visava a suspensão da expedição de alvará no valor de R$ 4.864.373,00 (quatro milhões oitocentos e sessenta e quatro mil trezentos e setenta e três reais), foi indeferido liminarmente.

Logo, não se verifica benefício econômico em prol da requerida a ensejar o arbitramento de honorários na forma pretendida pelo autor, qual seja, 10% e 20% dos valores envolvidos nas causas, e/ou a sua majoração.

Outrossim, infere-se dos autos que o ora autor, em sede de liquidação de sentença, equivocou-se na interposição do recurso quando defendia o Banco IBM, posto que interpôs apelação, quando na verdade caberia agravo de instrumento, o que ensejou na prévia constrição de numerários da ora requerida. (f. 268)

Também não há falar que a requerida foi quem teria autorizado a interposição da apelação ao invés de agravo, eis que não há provas neste sentido. Se de fato tivesse havido alguma autorização, certamente o advogado teria juntado, a exemplo do *e-mail* de f. 444/445.

Apesar do erro cometido ser anterior à procuração outorgada pela requerida ao autor (novembro/2007 - f. 09), o fato é que o requerente já defendia os interesses do banco e da ré, conforme se vê as f. 245, que comprova que em março de 2007 o autor interpusera recurso de apelação em face da sentença que julgou a liquidação. Deste modo, depreendo que o equívoco cometido pelo causídico refletiu diretamente nos cofres da parte demandada, porquanto nos autos de embargos de terceiro ficou demonstrado que ambas as empresas faziam parte de um mesmo grupo econômico, sujeitando-se, por consequência, aos efeitos da execução, vejamos:

> *Assim, por integrar o mesmo grupo econômico-financeiro da executada, a embargante, ao contrário do que alegou na inicial destes embargos, sujeita-se a suportar os efeitos da execução e pode sofrer penhora em seus bens, mormente porque, como se infere dos autos, a executada estava se valendo da personalidade jurídica das outras empresas integrantes do grupo IBM, como a embargante, para ocultar seu dinheiro, evitando que fosse penhorado por seus credores.* (f. 97)

Não obstante ter o autor alegado que o STJ anulou o processo de execução e liquidação de sentença, acarretando na inexistência de penhora e, por consequência, na devolução dos valores à parte requerida, não há nos autos prova neste sentido. Pelo contrário, o acórdão prolatado pelo STJ anulou o processo a partir do julgamento dos primeiros embargos declaratórios julgados por esta Corte. (f. 431/433)

Contudo, mesmo após o retorno dos autos para este Tribunal, houve a manutenção do acórdão, ou seja, a execução prosseguiu normalmente, não trazendo nenhum proveito econômico para a requerida. (f. 463/466)

Logo, tais fatos também devem ser levados em conta para o arbitramento dos honorários.

É certo que a obrigação do advogado não é de resultado mas de meio, de maneira que, ainda que não tenha obtido êxito em suas demandas, deve ser remunerado pela prestação dos serviços. Todavia, o proveito econômico obtido na defesa de seu cliente também é uma das circunstâncias que deve ser levada em consideração quando do arbitramento da verba.

Ademais, em se tratando de contrato verbal, como é o caso dos autos, deve ser observada a Tabela da OAB, que não é vinculativa e sim consultiva.

É o que determina a Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB).

> *Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB.*

Tratando-se de arbitramento judicial, como é o caso dos autos, a remuneração dos honorários deve corresponder ao trabalho e ao valor econômico da demanda.

Embora o art. 22, § 2º, do EOAB preconize que o valor arbitrado não pode ser inferior aos valores discriminados na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, cabe salientar que a tabela da OAB não se revela, por si só e isoladamente, adequada à fixação dos honorários, servindo, pois, de parâmetro de base, jamais de fim.

Neste sentido é o teor dos julgados do STJ:

> *AGRAVO INTERNO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVENTÁRIO. PEDIDO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS. TABELA DA OAB. NÃO VINCULAÇÃO. SÚMULA 83/STJ. ALOR OFERTADO. RAZOABILIDADE. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. IMPROVIMENTO.*
>
> *Aplicável a Súmula 83/STJ quando o acórdão recorrido concorda com a jurisprudência desta Corte, o que ocorre no presente caso no que tange à conclusão de que a tabela da OAB não possui força vinculativa para o julgador, servindo de mero indicativo. (...)* (AgRg no AREsp 275.658/PE, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 17/08/2016)
>
> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO JUDICIAL. MAJORAÇÃO. SÚMULA N. 7/STJ. PERCENTUAL MÍNIMO. TABELA DA SECCIONAL DA OAB. DESVINCULAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *Na falta de pactuação, os honorários contratuais devem ser fixados em montante compatível com o trabalho realizado, o grau de zelo do profissional e o valor econômico em questão, devendo, sempre que possível, serem observados os valores constantes da tabela de honorários da Seccional da OAB a que alude o art. 22, § 2º, da Lei n. 8.906/1994.*
>
> *A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que os valores recomendados pela entidade profissional não vinculam o juiz, pois possuem caráter informativo, servindo apenas como parâmetro para o arbitramento dos honorários (...)* (STJ, 4.ª T., AgRg no Resp 664050/RS, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 14/5/2013, Dje 24/5/2013)

Assim, há que se fixar os honorários de forma ponderada, equilibrada e razoável, de maneira que remunere condignamente o advogado, levando-se em conta a equidade, moderação e razoabilidade insertas, não só no Estatuto e Tabela da OAB, como também no Código de Processo Civil (art. 85, §2º)

E mais, além do percentual previsto na Tabela da OAB, devem ser considerados, também, os requisitos do artigo 36 do Código de Ética da OAB, tais como: a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas; o trabalho e o tempo necessários; o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional; o lugar da prestação dos serviços, fora ou não do domicílio do advogado, vejamos:

> *Art. 36. Os honorários profissionais devem ser fixados com moderação, atendidos os elementos seguintes:*
>
> *I – a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas;*
>
> *II – o trabalho e o tempo necessários;*

III – a possibilidade de ficar o advogado impedido de intervir em outros casos, ou de se desavir com outros clientes ou terceiros;

IV – o valor da causa, a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional;

V – o caráter da intervenção, conforme se trate de serviço a cliente avulso, habitual ou permanente;

VI – o lugar da prestação dos serviços, fora ou não do domicílio do advogado;

VII – a competência e o renome do profissional;

VIII – a praxe do foro sobre trabalhos análogos.

No caso vertente, os serviços prestados pelo autor se referem às seguintes ações: Embargos de Terceiro n. 001.07.139131-3; Mandados de Segurança n. 2008.000259-6 e 2008.000062-6; Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2008.000062-6 e, Apelação Cível n. 2008.002371-0.

Para esses feitos, a Tabela da OAB/MS prevê as seguintes remunerações:

PARTE GERAL

Nas ações voluntárias ou contenciosas, independentemente de solução amigável, deverá ser cobrado honorários de 10% a 30 % sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido, ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. Deverão ser considerados como parâmetros mínimos os valores em reais apontados como referência nesta tabela no campo URH.

(...)

Interposição de qualquer recurso – 5,00 URH

(...)

EMBARGOS DE TERCEIRO, OPOSIÇÃO E ASSISTÊNCIA - Aplica-se o item 1 da Parte Geral desta Tabela – 10% a 30% - 6,20 URH

MANDADO DE SEGURANÇA - Deverá ser cobrado honorários de 10% a 30% sobre o proveito do cliente, naqueles casos onde não tiver como ser obtido os valores do proveito econômico, deverá ser considerado como parâmetro mínimo a URH. (URH = 7,00).

Registre que, nos termos do art. 2º da aludida tabela, a Unidade Referencial de Honorários (URH), que é ferramenta de atualização monetária dos honorários, possui o valor de R$ 700,00 (setecentos reais). Contudo, como a requerida nas razões recursais atribuiu o valor de R$ 784,99 para a URH em julho de 2016, este é o valor a ser adotado.

Sendo assim, levando-se em conta que em todos os feitos patrocinados pelo autor a requerida não obteve êxito, deverão ser considerados como parâmetros mínimos os valores em reais apontados como referência na tabela no campo URH, vejamos:

- 01 embargos de terceiro – 6,20 URH x 784,99 = R$ 4.866,93;

- 02 mandados de segurança – 14 URH x 784,99 = R$ 10.989,86

- 01 apelação cível – 5,00 URH x 784,99 – R$ 3.924,95

- 01 agravo regimental (recurso) - 5,00 URH x 784,99 – R$ 3.924,95

Total = R$ 23.706,69

Analisando o valor acima apurado, conclui-se que o arbitramento realizado pelo magistrado a quo (R$ 50.000,00) está acima muito acima dos valores mínimos previamente fixados pela tabela da OAB, de modo que devem ser reduzidos para o valor de R$ 23.706,69, considerados a relevância, o vulto, a complexidade e a dificuldade das questões versadas; o trabalho e o tempo necessários; o valor da causa; a condição econômica do cliente e o proveito para ele resultante do serviço profissional e o lugar da prestação dos serviços, fora ou não do domicílio do advogado.

Neste sentido já decidiu o STJ:

> *PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO ECURSO SPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DEFENSOR DATIVO. REPRESENTAÇÃO EM PROCESSO CRIMINAL. TABELA DA OAB. BSERVÂNCIA DOS VALORES MÍNIMOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*
>
> *1. Consoante reiterada jurisprudência desta Corte Superior, o arbitramento judicial dos honorários advocatícios ao defensor dativo, nomeado para oficiar em processos criminais, deve observar os valores mínimos estabelecidos na tabela da OAB (...)* (AgInt no REsp 1557407/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 23/08/2016, DJe 01/09/2016)

Por esta razão, não há albergar a pretensão do autor de majoração da verba honorária, pelo contrário, merecem guarida os argumentos da requerida de redução da dita verba.

Com relação a perícia realizada, o expert levou em consideração a alta complexidade e o volume dos serviços prestados, e por esta razão concluiu que o autor faria jus ao montante de R$ 365.625,00 (trezentos e sessenta e cinco mil seiscentos e vinte e cinco reais).

Contudo, não há como acolher tal valor conforme pretendido pelo autor, porquanto apesar da demanda envolver grandes empresas multinacionais, com elevados valores, não se verificou nenhum benefício econômico em prol da requerida, eis que o autor não obteve êxito em nenhuma das ações e recursos interpostos, além do mais, o causídico equivocou-se na interposição de recurso, que culminou na prévia constrição de numerários da ora requerida.

De mais a mais, é cediço que o magistrado não está adstrito ao laudo pericial, consoante pacífica jurisprudência desta Corte:

> *EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - LESÃO QUE ATINGIU A TOTALIDADE DO MEMBRO SUPERIOR ESQUERDO - NÃO ACOLHIDA. MAGISTRADO NÃO ESTÁ ADSTRITO AO LAUDO PERICIAL - AFASTADA - NÃO SUBSISTEM ELEMENTOS PROBANTES DO DIREITO PLEITEADO. RECURSO IMPROVIDO.* (Apelação - Nº 0832459-87.2015.8.12.0001; Relator(a): Des. Nélio Stábile; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; julgamento: 06/09/2016)

> *EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - COBRANÇA DE SEGURO DPVAT - IRRESIGNAÇÃO COM A CONCLUSÃO DO LAUDO PERICIAL - CONHECIMENTO TÉCNICO CUJA CONSTATAÇÃO FINAL NÃO FOI ELIDIDA POR OUTRA PROVA HÁBIL NOS AUTOS - SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *Certo é que o magistrado não está adstrito ao laudo pericial, nos termos do artigo 436, do CPC, devendo ser livre a apreciação das provas existentes nos autos, segundo disposto no artigo 131, do mesmo códex.*. (Apelação - Nº 0806666-83.2014.8.12.0001; Relator(a): Des. Marcelo Câmara Rasslan; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 23/08/2016)

Reverbera ainda o autor que, pelo princípio da causalidade, deve a parte requerida ser condenada integralmente ao pagamento das custas processuais e honorários.

Como é cediço, as regras atinentes aos ônus processuais dispostas no art. 85 do Código de Processo Civil são fundadas no princípio da sucumbência, o qual, por sua vez, é pautado na causalidade, segundo o qual *"aquele que deu causa à propositura da demanda ou à instauração de incidente processual deve responder pelas despesas daí decorrentes."* (Nery Junior, Nelson. Código de Processo Civil Comentado. Editora RT, 11ª ed., p.235).

Theotonio Negrão ao comentar o art. 20 CPC/73 (85 NCPC), anota que:

> *Em matéria de honorários e de despesas, fala mais alto o princípio da causalidade, ou seja,* ***responde por eles a parte que deu causa à instauração do processo****. É certo que, na maioria das vezes, causalidade e sucumbência levam a soluções coincidentes; esta é o mais eloquente sinal daquela. Todavia, quando as soluções forem destoantes, prevalece aquela atrelada ao princípio da causalidade. 'O princípio da sucumbência cede lugar quando, embora vencedora, a parte deu causa à instauração da lide.' (STJ-3ª T., Al 615-423- AgRg, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17.3.05, negaram provimento, v.u, DJU 11.4.05, p. 293) 'Os ônus sucumbenciais subordinam-se ao príncipio da causalidade: devem ser suportados por quem deu causa à instauração do processo.'* (STJ-4ª T., Resp 664.475, rel. Min. Teori Zavascki, j. 3.5.05, deram provimento, v.u, DJU 16.5.05, p.253) (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 45ª ed., 2013, p. 144) (grifei).

No caso dos autos, denota-se que a parte requerida deu azo ao ajuizamento da demanda e isso, à luz do princípio da causalidade, enseja o cabimento de pagamento de honorários advocatícios e despesas do processo.

Deste modo, deve a requerida arcar integralmente com as custas processuais e honorários, os quais fixo em 10% sobre o valor da condenação (R$ 23.706,69)

Litigância de má-fé

Quanto a condenação da requerida por litigância de má-fé, tenho que não prosperam as alegações do autor.

As hipóteses de litigância de má-fé encontram-se configuradas no art. 80 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que:

> *Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:*
>
> *I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;*

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Nos dizeres de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> *2. Conceito de litigante de má-fé. É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o improbus litigator, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito. As condutas aqui previstas, definidas positivamente, são exemplos do descumprimento do dever de probidade estampado no CPC 5º* (Comentários ao Código de Processo Civil Comentado – Novo CPC – Lei 13.105/2015, 2ª Tiragem, Editora RT, p. 414)

Ao contrário do alegado pelo autor, não vislumbro presente nenhuma das hipóteses caracterizadoras da litigância de má-fé. Diga-se ainda que a boa-fé é que se presume, devendo a má-fé estar devidamente caracterizada para seu reconhecimento.

No caso, o fato de a requerida ter interposto o presente recurso não tem o condão de configurar a conduta como litigância de má-fé.

Inexiste qualquer comprovação do dolo da requerida e conduta intencionalmente maliciosa e temerária.

Assim, não há de se falar em litigância de má-fé na conduta da parte de exercer seu direito de ação, garantido constitucionalmente (art. 5°, XXXV, CF).

Nessa linha é a posição deste Tribunal de Justiça:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE USUCAPIÃO - DECRETO DE IMPROCEDÊNCIA – CONDENAÇÃO DO AUTOR POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – AFASTADA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO DE ALTERAR A VERDADE DOS FATOS OU DE USAR DO PROCESSO PARA OBJETIVO ILEGAL – HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS – REDUÇÃO – VALOR RAZOÁVEL – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, CONTRA O PARECER. 01. Para a condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário a prova do dolo da parte na tramitação do processo, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, o que não restou evidenciado nos autos, devendo ser afastadas, consequentemente, as penalidades aplicadas. [...]* (Apelação Nº 0016614-87.2011.8.12.0001, 5ª Câmara Cível, Relator Des. Vladimir Abreu da Silva, j. 28 de junho de 2016)

> *EMENTA–AGRAVODEINSTRUMENTO.EXCEÇÃODEPRÉ-EXECUTIVIDADE. MATÉRIAS ACOBERTADAS PELA COISA JULGADA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INEXISTÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Para que seja caracterizada a litigância de má-fé é necessário que haja conduta dolosa praticada pela parte, de modo a prejudicar o andamento do feito com alteração da verdade*

> *dos fatos ou, ainda, restar demonstrada a utilização do processo para obtenção de fins ilícitos.[...].* (Agravo de Instrumento - Nº 1415021-36.2014.8.12.0000, 1ª Câmara Cível, Relator Des. Sérgio Fernandes Martins, j. 14 de abril de 2015).

> *EMENTA - AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – MEDIDA LIMINAR – PRESENTE OS REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC – AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO PRÉVIA – DECISÃO MANTIDA – MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – INOCORRÊNCIA – RECURSO IMPROVIDO. [...] Sem a presença inequívoca de dolo processual, não há se falar em litigância de má-fé, cuja condenação exige mais do que a mera interpretação equivocada da lei ou dos fatos jurídicos.* (Agravo de Instrumento Nº 1414198-62.2014.8.12.0000, 3ª Câmara Cível, Relator Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, j. 27 de janeiro de 2015).

Honorários de sucumbência recursal

De acordo com o Enunciado Administrativo nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, nos recursos interpostos contra decisão publicada após a vigência do novo Código de Processo Civil, é possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, §11, daquele diploma legal, *verbis*:

> *Enunciado nº 7. Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, §11, do novo CPC.*

Segundo dispõe o aludido §11 do art. 85:

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

A respeito, ensina Nelson Nery Jr. que o CPC/1973 já previa a possibilidade de alteração dos honorários em segunda instância, mas no atual diploma processual, pode haver a imposição de nova verba honorária, que não se confunde com aquela da primeira instância, a qual é devida em razão do trabalho adicional do advogado na instância recursal, *verbis*:

> *§11:41. Fixação de nova verba honorária na fase recursal. A alteração dos honorários em segunda instância já era admitida pelo sistema do CPC/1973. Se o tribunal confirmasse a sentença de primeira instância, mantinha-se também a condenação no custo do processo, podendo ser alterado o valor, a pedido; se era dado provimento à apelação, os encargos da sucumbência eram invertidos; se a sentença era anulada para que o juiz proferisse outra, não haveria condenação em custas nesse momento; e era admitida a correção quando houvesse erro referente à atribuição dos encargos, sua dispensa etc. [...] Mas no sistema do CPC pode haver a imposição de nova verba honorária, que não se confunde com aquela da primeira instância que é devida em razão do trabalho adicional do advogado na instância superior. (v. CPC 85§1º).* (Comentários ao Código de Processo Civil, Novo CPC. Ed. RT, 2015, p. 436/437)

Ao que se extrai do texto, essa nova regra processual é aplicável ainda quando a parte não postule a majoração da verba honorária e deve somar aos honorários fixados em primeiro grau. No entanto, o valor total dos honorários, já incluída a parcela acrescida com o julgamento do recurso, não pode superar o equivalente a 20% (vinte por cento) do valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, do valor atualizado da causa, consoante estabelece o §2º do artigo 85 do novo CPC.

Sobre o tema, importante transcrever Enunciado nº 241 do Fórum Permanente de Processualistas Civil, o qual elucida que os honorários de sucumbência recursal serão somados aos fixados em primeiro grau, não podendo suplantar o limite máximo de 20% (vinte por cento) estabelecido no §2º do art. 85 do novo CPC, *verbis*:

> *Enunciado nº 241. (art. 85, caput e §11) Os honorários de sucumbência recursal serão somados aos honorários pela sucumbência em primeiro grau, observados os limites legais.*

Desse modo, a majoração dos honorários em grau recursal deverá ser feita atendendo-se os incisos I a IV do §2º do artigo 85:

> *§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:*
>
> *I - o grau de zelo do profissional; Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul;*
>
> *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.*

No vertente caso, a sentença recorrida considerou ambas as partes como sucumbentes, e por essa razão condenou-as ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios através da compensação.

Em decorrência do parcial provimento do recurso do autor, está sendo redistribuído o ônus sucumbencial, de maneira que a requerida arque integralmente com as despesas do processo e honorários. Porém incumbe arbitrar honorários advocatícios pelo trabalho realizado pelo advogado autor nesta fase recursal.

Destarte, considerando os critérios descritos nos incisos I a IV do artigo 85 do CPC, mormente ponderando a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado, o tempo exigido para o serviço e a duração do processo, tenho que se mostra-se justa a fixação dos honorários no percentual de 5% (cinco por cento), elevando-se para o total de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

No que diz respeito a parte requerida, diante da nova regra processual, ele também faz jus ao arbitramento de honorários recursais em decorrência do parcial provimento de seu recurso, que ocasionou a redução do valor da condenação. Todavia, a fixação desta verba deve ser feita em um valor razoável e proporcional a fim de que os honorários não configurem benefício mais vantajoso do que o próprio direito material perseguido na demanda.

Logo, considerando os critérios descritos nos incisos I a IV acima transcritos, mormente ponderando a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado, o tempo exigido para o serviço e a duração do processo, tenho que se mostra-se justa a fixação dos honorários recusais em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.

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

Assim, se a decisão/acórdão resolve integralmente e de forma fundamentada a matéria, não há falar em prequestionamento.

Por essa razão que Nelton Agnaldo Moraes dos Santos, em seu livro A técnica de elaboração da sentença civil, 2ª edição, São Paulo, 1997, sustenta que *"a sentença não é parecer e por essa razão, o juiz não está obrigado a manifestar artigo por artigo da lei*".

Aliás, esta Corte tem decidido que:

> *EMENTA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO REVISIONAL DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO - CONSIGNAÇÃO DE VALOR QUE ENTENDE DEVIDO - MORA - NÃO AFASTADA - MATÉRIA ANALISADA EM ACÓRDÃO FUNDAMENTADO - PREQUESTIONAMENTO - DESNECESSIDADE DE MENÇÃO EXPRESSA DE DISPOSITIVO LEGAL - EMBARGOS REJEITADOS.*
>
> *A indicação de dispositivos legais não é requisito essencial do acórdão, pois, ainda que não expressamente mencionados, restam implicitamente prequestionados se a matéria foi apreciada e julgada em sua inteireza.* (Embargos de Declaração - Nº 4006772-47.2013.8.12.0000/50001, Des. Julizar Barbosa Trindade, 2ª Câmara Cível, j., 13 de agosto de 2013)
>
> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS LEGAIS DESNECESSIDADE DE SE MANIFESTAR SOBRE TODOS SUFICIÊNCIA QUANDO HÁ DISCUSSÃO SOBRE A MATÉRIA A QUE SE PRETENDE RECORRER - EMBARGOS REJEITADOS.* (Embargos de Declaração Nº 0046224-37.2010.8.12.0001/50000, Des. Atapoã da Costa Feliz, 2ª Câmara Cível, j., 24 de setembro de 2013)

Desta forma, se a questão foi suficientemente debatida, não se faz necessária a expressa manifestação sobre os dispositivos legais mencionados pela parte recorrente.

Pelo exposto, conheço dos recursos, rejeito a preliminar e, no mérito, dou parcial provimento ao recurso interposto pelo autor, a fim de condenar a requerida ao pagamento integral das custas processuais e honorários de sucumbência, no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Por conseguinte, nos termos do art. 85, §11, do CPC, majoro a verba honorária fixada ao requerente para 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Quanto ao recurso interposto pela requerida, dou-lhe parcial provimento, tão somente para reduzir o valor da condenação para R$ 23.706,69 (vinte e três mil setecentos e seis reais e sessenta e nove centavos).

Condeno o autor ao pagamento de honorários recursais em favor do patrono da parte requerida no importe correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 85, §1º, do CPC.

O Sr. Des. Nélio Stábile. (1º Vogal)

Quanto à preliminar, acompanho o voto do Relator.

No mérito, peço vênia ao Ilustre Relator para dissentir do entendimento esposado por Vossa Excelência.

Ao analisar as alegações das partes, verifiquei, conforme referido por um dos advogados que realizou sustentação oral, que há uma troca de *e-mails* entre o Dr. Silzomar e a advogada Paula Milani, da IBM.

A esse *e-mail*, ao que parece, foi negada a força de contrato durante todo o trâmite processual. Entretanto, se não é negada a existência desse *e-mail*, concluo que tem força de contrato, sim, mesmo que não assinado pelas partes em conjunto e ainda que não haja testemunhas. Até porque, no memorial apresentado pela IBM, há reconhecimento expresso de que houve um contrato. Portanto, a proposta enviada por *e-mail* e pela mesma forma aceita em mensagem que inclusive reproduz a anterior contendo dita proposta, constitui contrato de pleno direito.

Nesse contrato, o advogado Silzomar, à guisa de honorários para patrocínio da execução e dos embargos ou impugnação em todas as instâncias, sugere a quantia equivalente a 5% do valor da causa, bem como o mesmo percentual para o êxito (ou seja, mais 5% em caso de êxito).

A resposta da IBM foi: "*Quanto à nova proposta de honorários, estou de acordo*". Anoto, por oportuno, que a Dra. Paula Milani fala e falava pela IBM.

Conforme sabido, a atividade da advocacia é de meio, efetivamente. Tendo o advogado atuado, tenha ou não errado, tenha impetrado ou não impetrado a medida correta, esses 5% estipulados a título de verba honorária são devidos.

Acaso a IBM entendesse que teve prejuízo pela interposição de uma medida equivocada, a ela caberia acionar o advogado por dano que decorresse (da alegada atuação equivocada), e não simplesmente deixar de pagar os honorários que foram efetivamente contratados.

O advogado tem esse direito e poderia mesmo ajuizar execução do valor relativo a esses honorários, e não com uma ação de arbitramento. Quero entender que o pedido de arbitramento foi relativamente à necessidade de estabelecer se os demais 5% (relativo ao êxito ou não da demanda) é que tenha motivado o ingresso dessa ação de arbitramento.

Penso que, com relação aos honorários de 5% da cláusula de êxito, poderia haver discussão, ao contrário dos 5% restantes, contratados pela *IBM* para que o advogado atuasse em sua defesa, independentemente do resultado.

Pois bem! Mesmo que partamos do princípio de que houve uma medida equivocada tomada pelo advogado em defesa da IBM, o fato é que, conforme anotado nos autos, esse ato dito equivocado teria sido anulado, assim como a Sentença, em razão de Embargos de Declaração opostos contra uma Decisão anterior à Sentença ou Decisão final, já que realmente há, na doutrina, uma discussão sobre se referido ato se trata de sentença (contra a qual cabe apelação), ou de Decisão (atacável por via de agravo).

Assim, anulado o processo a partir dessa Decisão anterior à Decisão final, esta última ficou sem efeito, assim como os atos praticados pelo advogado. Resta lembrar que a medida contra aquela decisão anterior foi levada a efeito por esse mesmo advogado, ora apelante.

Então, ainda que do ato dito equivocado não tenha decorrido êxito, ao menos obteve-se a revogação de ato anterior e o prosseguimento da ação. Nesse ínterim, o advogado deixou de representar a IBM no processo.

Assim, não seria justo o advogado receber mais 5% de honorários de (valor cheio relativo a eventual ganho da demanda) em razão de êxito que ele não teve. Porém, a IBM teve a oportunidade de obter êxito a final, justamente porque o processo foi anulado a partir de um ato praticado pelo mesmo advogado, o apelante.

Assim e por essa razão, concluo ser perfeitamente cabível o arbitramento com relação a esses honorários de êxito, mantidos, de qualquer maneira, os 5% contratados para atuar independentemente do resultado.

Data vênia, entendo que não se trata de hipótese de aplicação de tabela de honorários, nem de aplicação do mínimo de 10, 15 ou 20%, justamente porque a questão versa acerca de honorários contratuais, que são contratados ou fixados por livre arbítrio das partes. É por isso até que o advogado sugeriu o valor de 5% (e não de 10%), do valor da causa para atuar, o que foi aceito pela empresa (e, ainda, mais outros 5% no caso de êxito).

Então, não vejo como se poderia aplicar tabela da OAB, disponível para casos de fixação de honorários para hipóteses em que não existe ajuste entre as partes.

Como o advogado ora apelante não obteve êxito na ação mas propiciou a obtenção desse resultado, concluo que a fixação justa seria de metade do valor estabelecido e contratato para essa cláusula, ou seja, de dois e meio por cento (2,5%) do valor dos embargos.

Ante o exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso de Silzomar Furtado Mendonça Júnior, para o fim de serem fixados os honorários na proporção de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa (embargos de terceiro), conforme o contrato, e mais 2,5% (dois e meio por cento) do valor dos referidos Embargos, sendo este percentual relativo ao êxito, não porque teve êxito ao fim de sua participação no feito, mas porque propiciou que a IBM obtivesse ganho a final da ação, ainda que com representação de outro advogado.

O valor acima declarado é o fixado no laudo pericial de ação de arbitramento, devendo ser corrigido monetariamente e acrescido de juros nos termos do Voto do Ilustre Desembargador 2º Vogal.

Por outro lado, nego provimento ao recurso de IBM Brasil Indústria, Máquinas e Serviços Ltda..

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (2º Vogal)

Cuidam os autos de recursos de apelação e adesivo, interpostos sucessivamente por Silzomar Furtado de Mendonça Júnior e IBM Brasil Indústria, Máquinas e Serviços LTDA., em ação de arbitramento de honorários movida por aquele em face desta, onde se pretende a fixação de honorários advocatícios por conta de prestação de serviços nos autos do Embargos de Terceiro n. 001.07.139131-3, Mandados de Segurança n. 2008.000259-6 e 2008.000062-6, Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2008.000062-6 e Apelação Cível n. 2008.002371-0 em demandas que envolvem a constrição do valor de R$ 4.864.383,00, à época.

Em suas razões recursais o autor/apelante aduz que a fixação de R$ 50.000,00 pela sentença recorrida, a título de honorários pelos seus trabalhos, é demasiadamente baixa, e implica em percentual inferior a 1% do valor das demandas. Diz, ainda, o autor/apelante que a sentença desconsiderou o laudo pericial judicial que fixa o percentual de honorários de 7,5% sobre o valor da causa dado aos embargos de terceiro, manuseados pelo advogado.

Diz o autor/apelante, também que a fixação dos honorários deve ser feita com base no art. 85, § 2º., do CPC hoje em vigor ou do art. 20, §§ 3º e 4º., do CPC/73, bem como tomando-se por base a Tabela de Honorários da OAB/MS, pedindo, ao final, que seja dado provimento ao seu recurso para o fim de se fixar honorários advocatícios entre 10% e 20% dos valores envolvidos nas causas, ou, sucessivamente, honorários com base no laudo pericial judicial, ou, ainda, de forma sucessiva, honorários fixados com base na Justiça.

Já a ré/apelante, sustenta em seu recurso que o advogado/apelado somente atuou porque teria praticado erro em outro processo, onde não é parte, mas sim a empresa Banco IBM S.A., bem como teria sido devidamente remunerado naquela outra demanda e que os honorários fixados são excessivos, pelo que pede em seu recurso, às f. 743, sejam cassados ou reduzidos os honorários fixados.

O ilustre Relator entendeu por bem rejeitar a preliminar de violação ao princípio da dialeticidade e dar provimento parcial a ambos os recursos, de apelação, do autor, e, adesivo, da ré, para o fim fixar a sucumbência da ré e na fase de conhecimento deste processo em 10% de honorários sobre o montante arbitrado, assim como pagamento das custas, reduzindo os honorários arbitrados pela sentença, do montante de R$ 50.000,00 para R$ 23.706,69, com fixação de verba recursal para os advogados de ambas as partes, autora e ré, de 5% para cada.

Concordei com a rejeição da preliminar.

Quanto ao mérito, sem embargos, por mais divergente que pareça o caso tratado na apelação e no recurso adesivo, impende esclarecer que a matéria devolvida para análise deste órgão julgador restringe-se apenas a analisar se são devidos honorários ao autor/apelante e se os honorários fixados na sentença, de R$ 50.000,00, em demandas que nos idos de 2007 importavam em R$ 4.864.373,00, são condizentes para remunerar os serviços prestados, assim discriminados na inicial: Embargos de Terceiro n. 001.08.139131-3; Mandado de Segurança n. 2008.000259-6; Mandado de Segurança n. 2008.000062-6; Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 2008.000062-6; e v) Apelação Cível n. 2008.002371-0.

Após atenta análise dos autos, especialmente da petição inicial (f. 02-07); do documento de f. 9, que retrata instrumento de procuração e respectiva contratação do advogado autor para especialmente defender os interesses da ré/apelante; do documento de f. 10, onde há a comprovação de que foi o autor quem renunciou ao mandato que lhe foi outorgado, pelo expresso motivo de não ter recebido seus honorários; dos documentos de f. 82-91, que revelam a oposição de embargos de terceiro em nome da ré/apelante patrocinada pelo autor/apelante, e demais documentos que instruíram a inicial; da contestação de f. 170-186 e documentos que a instruem; do despacho saneador deste arbitramento de honorários, de f. 486-487, que motiva a designação da prova pericial na necessidade de *"a) estabelecer a amplitude dos serviços prestados pelo autor à ré nos autos indicados no petitório inaugural e em que medida estas atuações se deram no interesse e em benefício da ré; b) aferir, estimativamente, o valor dos serviços prestados à ré ou em seu benefício."* da perícia judicial de f. 563-586, que conclui que "*a justa remuneração devida ao autor por todos os serviços elencados às f. 05, que delimitou a lide, atinge a importância de R$ 365.625,00*", em razão do ajuizamento dos embargos de terceiro, cujo valor atribuído à causa é de R$ 4.864.373,00 e demais trabalhos e recursos inerentes a tal penhora de bens, que se amolda ao comportamento da jurisprudência e ao preceito legal contido no art. 22, § 2º., do Estatuto da OAB, já que teria o causídico desenvolvido 75% do trabalho global de tais processos, cuja quantia, portanto, corresponde a 7,5% do valor da causa principal, que seriam os embargos de terceiro; da sentença de f. 638-643, que refuta as justificativas dadas pela ré/apelante para o não pagamento dos honorários de seu advogado e fixa a quantia de R$ 50.000,00 a título de remuneração pelos serviços prestados; dos recursos de apelação e adesivo de f. 689-679 e 733-743 e respectivas contrarrazões, com a devida vênia, entendo por bem divergir parcialmente do I. Relator, para o fim de dar provimento somente ao recurso de apelação do autor e negar provimento ao recurso da ré.

Impende esclarecer que, ao verificar detidamente os autos, constatei que o autor prestou serviços jurídicos a três empresas distintas que levam o nome IBM, sendo Banco IBM, IBM Brasil Indústria, Máquinas e Serviços Ltda. e IBM Brasil Leasing Arrendamento Mercantil S/A, sendo que o presente pedido de arbitramento de honorários trata tão somente da segunda empresa, IBM Brasil Indústria, Máquinas e Serviços Ltda., cujo esclarecimento faço para que não confunda uma empresa com a outra ou a prestação de um serviço com o outro ou mesmo uma quitão com outra pretendida.

Com efeito, como já decidi em diversos outros casos por mim analisados, fixei entendimento de que em casos como tais devem ser pagos honorários ao advogado prestador dos serviços, devendo relevar que aqui foi produzida prova pericial de arbitramento de honorários sob a fundamentação de que havia necessidade de *"a) estabelecer a amplitude dos serviços prestados pelo autor à ré nos autos indicados no petitório inaugural e em que medida estas atuações se deram no interesse e em benefício da ré; b) aferir,*

estimativamente, o valor dos serviços prestados à ré ou em seu benefício", constante da decisão saneadora de f. 486-487, contra a qual não houve recurso.

Entendo, portanto, que neste caso a prova pericial foi determinada porque a fixação de honorários contratados diverge da fixação de honorários de sucumbência e que para aquela fez-se necessária a nomeação de perito para aquilatam o montante devido, cujo trabalho foi apresentado às f. 563-586, com vários debates entre as partes.

Desse modo, penso que o laudo pericial deve ser prestigiado e, como se vê às f. 563-586, referida prova foi produzida sob extenso contraditório, o que me leva a pensar que deve ser adotada a posição mediana e equilibrada encontrada pelo perito judicial, qual seja, de fixação de verba honorária condizente a 7,5% do valor da causa principal, que são os embargos de terceiros subscritos pelo autor/apelante, atendendo-se, assim, ao pedido sucessivo constante do apelo do advogado e valorizando a prova postulada pelas partes e colhida no processo na fase de conhecimento.

Do referido laudo são colhidos os seguintes trechos esclarecedores:

> *(...)*
>
> *Destarte, o documento de f. 10/11 dos autos é cristalino no sentido de que foi o autor que renunciou o mandato recebido, fato que demonstra ser inverídica a afirmação feita pela requerida às f. 172, no item "4", '(...) já que foi exatamente este tipo de comportamento reprovável que a obrigou a encerrar o relacionamento profissional mantido com o autor até então'.*
>
> *O motivo da renúncia está muito bem explicitado nas f. 10/11, o autor alega que foi pactuado honorários advocatícios no percentual de 10% sobre o valor da cada ação, inicialmente aceito pela requerida, a qual sempre postergou o acerto para dias posteriores.*
>
> *A requerida em sua contestação não impugnou e nem se manifestou sobre o documento de f. 9, como também não se manifestou sobre o telegrama de f. 10/11, devidamente recebido conforme comprovante de f. 12, assim, devido à ausência de contestação ou qualquer contradita, ou mesmo oposição sobre tais documentos, presumem-se verdadeiros até prova em contrário.*
>
> *A requerida não provou nenhum fato modificativo ou extintivo do direito subjetivo do autor, mesmo admitindo-se a possibilidade da existência de contrato de risco em ação cível, o que é possível, mas exige a prova do fato modificativo da obrigação condicionada ao êxito, o que não é o caso do documento de f. 09.*
>
> *(...)*
>
> *Conforme demonstrado na cópia das peças processuais de lavra do Autor, que instruíram o pleito objeto desta lide, o profissional contratado laborou de modo significante, se êxito não logrou em todos os seus labores, a culpa em momento algum pode ser atribuída ao causídico, como quer fazer crer a requerida, o advogado não pode fazer milagres, e a decisão prolatada nos Embargos de Terceiro – f. 96/100, foi elucidativa e esclarecedora, excluindo por completo a possibilidade de êxito dos trabalhos determinados pela IBM Brasil – Indústria e Comércio LTDA.*
>
> *A afirmação da requerida em sua contestação, e a capacidade de entendimento ou efeito de determinar-se que não era parte naquele litígio na 7ª. vara Cível (f. 173), foi o fato predominante para contratar o autor (f. 09) e, autorizar que fossem promovidos todos os recursos para defesa de seus interesses.*

Diante da disposição determinativa e imperativa, o autor principiou seus trabalhos, iniciando com o ajuizamento dos Embargos de Terceiro, atribuindo à Causa o valor econômico de R$ 4.864.373,00 (importância que havia sido penhorada) e posteriormente laborou os demais trabalhos retro elencados, recursos inerentes às decisões que foram acontecendo, que estão comprovados nestes autos mediante a juntada das cópias das peças processuais elaboradas.

(...)

Diante do arrazoado acima, em consonância e em conformidade com o entendimento doutrinário retro citado, para apuração dos honorários globais para atuação, revela-se plausível e pertinente a aplicação do estabelecido no art. 22, § 2º., do Estatuto da OAB, percentual sobre o valor econômico da causa – mínimo de 10%, o que representa dessa forma a importância de R$ 487.500,00.

Entretanto, observando-se os comandos delineados na decisão de f. 486, letras "a" e "b", e considerando a atuação parcial do autor, bem como os critérios de sua atuação acima deduzidos, entendo que a remuneração justa a título de honorários, deverá corresponder a 75% sobre a importância global acima arbitrada, ou seja, 75% de R$ 487.500,00, arbitrando como valor final dos serviços prestados e reclamados na exordial, na importância de R$ 365.625,00.

(...)

Conclusão

Em razão do acima exposto, conclui este Perito nomeado que ajusta remuneração devida ao autor por todos os serviços profissionais elencados nas f. 05, que delimitou a lide, atinge a importância de R$ 365.625,00, consoante o que foi formalmente desenvolvido e explicado no item IV – Cálculo dos Honorários (...)

Portanto, adoto a posição de que são devidos honorários ao advogado apelante na proporção de 7,5% do valor da ação principal em que atuou, qual seja, os embargos de terceiro, rejeitando-se, assim as matérias expostas nas contrarrazões da ré apelante e em seu recurso adesivo ao recurso de apelação do autor.

A questão inerente ao alegado erro quanto à interposição de recurso em processo alheio ao presente feito, onde é parte o Banco IBM e não a ré, não deve ser discutida nesses autos, restando até mesmo preclusa tal matéria, porquanto deveria ter a ré/apelante destituído o seu advogado ou manuseado ação própria para reclamar tal questão, o que não foi feito por ela, deixando apenas para alegar tal situação para se esquivar do pagamento da verba honorária.

Mas mesmo que se admitisse a discussão de tal questão, há nos autos elementos que demonstram que a sentença proferida na liquidação de sentença, às f. 1.465-1.472 (daqueles autos), e o recurso dela tirado, certo ou errado, foram de fato anulados por decisão do C. Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 893.135-MS, distribuído em 16.10.2006, interposto de acórdãos deste Tribunal, proferidos no Agravo de Instrumento e dois Embargos de Declaração n. 2005.003040-0, que tratam da validade de prova alegada como extemporânea e posta as f. 1.130-1.131 do Processo de Liquidação, do que o alegado recurso ficou sem efeito ou deixou de existir no mundo jurídico, já que anulado por determinação de Instância Superior.

Consultando o sítio deste Tribunal e do C. Superior Tribunal de Justiça, constatei que o processo originário do Recurso Especial n. 893.135-MS, que é o Agravo de Instrumento n. 2005.003040-0, distribuído em 21.3.2005, antecede à sentença da liquidação, que foi proferida em 3.10.2006, e que, se foi dado provimento ao Recurso Especial para *"anular o processo a partir do julgamento dos primeiros*

embargos declaratórios, inclusive, determinando que a ora recorrente seja intimada previamente para pronunciar-se sobre os aludidos embargos de declaração opostos pela recorrida para, só então, poder o Tribunal julgá-los", houve então a anulação da sentença de liquidação e o recurso ao qual se reputa o erro.

Dessa maneira, o que se vê dos autos não permite a conclusão de que a penhora decorreu de erro do advogado, até porque a contratação do apelante pela ré foi em 1º.11.2007, a penhora ocorreu em 22.10.2007 (f. 239) e o recurso havia sido interposto em 26.3.2007, em nome exclusivo da IBM Brasil Leasing Arrendamento Mercantil S/A, com a apresentação da carta de fiança de f. 272-273, emitida em 10.8.2007 e apresentada em Juízo em 15.8.2007, não sendo aceita pela decisão de f. 276-277, de 22.10.2007. Assim, conclui-se que a penhora de numerário da ré apelante ocorreu porque a Carta de Fiança apresentada pelo Banco IBM não foi aceita e nem mesmo honrada a tempo.

Se o processo do Banco IBM foi anulado até fase anterior à sentença da liquidação e a situação retornou a mesmo estado de antes, resta evidente que não foi a atuação do advogado que culminou na expropriação de numerário.

Desse modo, como se colhe do processo, o alegado erro, ainda que existisse, não causou prejuízo algum para a ré apelante, que se utiliza de tal argumento para se eximir de obrigação que tem com o advogado que contratou, o que afasto.

Também não há nos autos qualquer comprovante de que os honorários tenham sido pagos e aqueles entregues ao advogado para quitação de outros trabalhos, em outros feitos, prestados para outras partes ou empresas diversas, com outros CNPJ, não podem ser utilizados para comprovar a quitação no presente processo.

De outro lado, a argumentação de que os honorários devam ser reduzidos não há de ser acolhida, já que a fixação pela sentença sequer atingiu o percentual de 10%, permitido em lei e utilizado pela jurisprudência para remunerar profissionais em casos como este, de inexistência de contrato expresso, ao qual, como bem constou da Perícia Judicial de Arbitramento, aplica-se como referência o art. 22, § 2º, do Estatuto da OAB, Lei n. 8.906/94, que se refere ao arbitramento judicial e não o art. 36, do Código de Ética da OAB, que trata dos critérios a serem observados pelos advogados quando da contratação com seus clientes, razão esta que faz com que a jurisprudência do C. STJ e deste Tribunal mencionem sempre o art. 22.

De acordo com as peças que instruem a inicial e o laudo de f. 563-586, os trabalhos prestados pelo autor apelante foram relevantes, significantes, volumosos, vultosos, complexos, árduos, impediram-no de intervir em outros casos, referem-se a demandas ou disputas de R$ 4.875.000,00, do que se conclui que a estimava de 7,5% é justa e equilibrada, não violando prerrogativas ou direitos de quaisquer das partes. Veja-se o que diz o laudo acerca de tais assuntos:

> *Conforme demonstrado na cópia das peças processuais de lavra do Autor, que instruíram o pleito objeto desta lide, o profissional contratado laborou de modo significante, se êxito não logrou em todos os seus labores, a culpa em momento algum pode ser atribuída ao causídico, como quer fazer crer a requerida, o advogado não pode fazer milagres, e a decisão prolatada nos Embargos de Terceiro – f. 96/100, foi elucidativa e esclarecedora, excluindo por completo a possibilidade de êxito dos trabalhos determinados pela IBM Brasil – Indústria e Comércio LTDA.*
>
> *A afirmação da requerida em sua contestação, e a capacidade de entendimento ou efeito de determinar-se que não era parte naquele litígio na 7ª. vara Cível (f. 173), foi o fato predominante para contratar o autor (f. 09) e, autorizar que fossem promovidos todos os recursos para defesa de seus interesses.*

> *Diante da disposição determinativa e imperativa, o autor principiou seus trabalhos, iniciando com o ajuizamento dos Embargos de Terceiro, atribuindo à Causa o valor econômico de R$ 4.864.373,00 (importância que havia sido penhorada) e posteriormente laborou os demais trabalhos retro elencados, recursos inerentes às decisões que foram acontecendo, que estão comprovados nestes autos mediante a juntada das cópias das peças processuais elaboradas.*
>
> *(...)*
>
> *Diante do arrazoado acima, em consonância e em conformidade com o entendimento doutrinário retro citado, para apuração dos honorários globais para atuação, revela-se plausível e pertinente a aplicação do estabelecido no art. 22, § 2º., do Estatuto da OAB, percentual sobre o valor econômico da causa – mínimo de 10%, o que representa dessa forma a importância de R$ 487.500,00.*
>
> *Entretanto, observando-se os comandos delineados na decisão de f. 486, letras "a" e "b", e considerando a atuação parcial do autor, bem como os critérios de sua atuação acima deduzidos, entendo que a remuneração justa a título de honorários, deverá corresponder a 75% sobre a importância global acima arbitrada, ou seja, 75% de R$ 487.500,00, arbitrando como valor final dos serviços prestados e reclamados na exordial, na importância de R$ 365.625,00.*

Os demais argumentos utilizados pela ré/apelante, como a não informação de existência do pagamento da fiança ou de que se trata de uma empresa só o Banco IBM e a IBM Brasil Máquinas, Indústria e Serviços, também não têm acolhida, já que a própria parte sustenta em embargos de terceiro se tratar de empresa diversa e alheia ao Banco, do que não pode se utilizar de argumento antagônico para se valer do não pagamento dos honorários, além de não ter demonstrado ter comunicado o profissional acerca do dito pagamento da carta de fiança.

Tanto é verdade que os honorários são devidos, que as partes chegaram a travar *e-mails* a respeito de tal assunto, como se vê das f. 404, em cujos documentos se encontra a afirmação da ré de que estava de acordo com a nova proposta de honorários do advogado, do que também se conclui que são devidos honorários no presente pedido de arbitramento.

Afasto a alegada litigância de má-fé, pois não vislumbro a ocorrência de conduta manchada por dolo ou culpa. Contudo quanto à juntada aos autos da carta de fiança, advirto a ré/apelante que sua conduta no presente feito destoa da boa relação entre as partes e o juízo, porquanto sustenta que o advogado não teria informado o juízo da execução provisória a existência da carta de fiança (f. 739), cujo argumento esbarra em documento por ela própria juntado aos autos, às f. 270-273, que dá conta de que o advogado juntou, sim, referido documento aos autos e informou aquele juízo acerca da existência da carta de fiança, prestada em favor do Banco IBM, do que ficam afastados os argumentos de que o advogado foi desidioso ou de que deu causa à penhora de numerário da ré/apelante.

Diante disso, entendo que a sentença recorrida merece ser reformada somente quanto ao valor fixado a título de honorários, devendo prevalecer o percentual de 7,5% apenas do valor dos embargos de terceiro, com a incidência de juros de mora a partir da citação e correção monetária a contar da oposição dos embargos de terceiro.

No tocante à compensação dos honorários, determinada pela sentença apelada na fase de conhecimento deste processo de arbitramento, entendo que a sucumbência é da ré/apelante, pelo Princípio da Causalidade, pois sua tese, de que eram indevidos os honorários, não foi acolhida, razão pela qual fixo para a primeira fase do processo honorários sucumbenciais de 10% sobre a condenação.

Em consequência do provimento do recurso do autor/apelante e do improvimento do recurso da ré/apelante, com fundamento no art. 85, do CPC, fixo a verba honorária em sede de recurso de 5% sobre o valor da condenação aqui imposta, que deve ser somada aos 10% fixados para a primeira fase do processo em substituição à compensação, de modo que deverá a ré/apelante pagar honorários advocatícios de 15% bem como a despesas e custas processuais, já que sucumbiu aos pedidos inicial e recursal.

Pelo exposto, conheço de ambos os recursos, rejeito a preliminar, e, no mérito, divergindo parcialmente do relator, majoro os honorários arbitrados para 7,5% do valor dos Embargos de Terceiro, exclusivamente, que deve ser atualizado com correção monetária desde a sua oposição, acrescido de juros de mora desde a citação inicial, com a verba honorária de 15%, sendo 10% da fase de conhecimento e 5% da fase recursal.

Por unanimidade, afastaram a preliminar. Por maioria, negaram provimento ao recurso de IBM Brasil Ind., Máquinas e Serviços Ltda e deram parcial provimento ao apelo de Silzomar Furtado Mendonça Júnior, em maior extensão, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator, que dava parcial provimento a ambos os recursos. nos termos do artigo 942 do CPC, fica adiada a conclusão de julgamento em face da necessidade da convocação de novos membros. Sust. Oral: DR. José Guilherme Rosa e Dr. João Magno Oliveira Porto.

VOTO (EM 29/11/2016)

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (3º Vogal)

Trata-se de procedimento de apelação cível interposto contra sentença prolatada nos autos da ação de arbitramento de honorários advocatícios que Silzomar Furtado de Mendonça Júnior moveu contra IBM Brasil Indústria, Máquinas e Serviços Ltda.

O magistrado singular julgou fixou a verba em R$ 50.000,00 (f. 638-643), tendo o autor recorrido pleiteado sua majoração para 10% a 20% dos valores discutidos nas demandas que patrocinou ou, subsidiariamente, aqueles indicados pelo perito judicial (f. 669-679), enquanto que a requerida, em recurso adesivo (f. 733-743), defendeu a improcedência da ação.

Na sessão de julgamento realizada no dia 29.11.2016, o recurso de IBM Brasil Indústria, Máquinas e Serviços Ltda foi desprovido por unanimidade, restando a controvérsia a ser dirimida com relação ao apelo interposto pelo autor, Silzomar Furtado de Mendonça Júnior, uma vez que 1º e 2º Vogais deram provimento em maior extensão que o voto do Relator.

Como cediço, a ação de cobrança de honorários advocatícios deriva do mandato estabelecido, regido pelo Estatuto da Advocacia, que dispõe tanto do direito de crédito dos advogados em face dos vencidos, quanto do direito aos honorários após o pagamento ao vencedor[2], podendo ser firmado inclusive de forma verbal entre as partes.

No caso dos autos, porém, como bem pontuado no voto do ilustre 1º Vogal, a requerida tinha plena ciência e concordou com honorários advocatícios de 5% sobre o valor executado, acrescido de mais 5% em caso de êxito.

Isso é o que se extrai da correspondência eletrônica trocada entre o autor e a representante legal da empresa requerida, anexada à f. 404, aqui transcrita em ordem cronológica:

2 STJ REsp 510220/SP; Recurso Especial 2002/0165952-1. Relator: Ministro Castro Filho. - Terceira Turma. data: 16/05/2006. publicação: DJ 05.06.2006

Prezada Paula,

(...)

Por oportuno, à guisa de honorários para patrocínio da execução e dos embargos ou impugnação, e, todas as instâncias, sugerimos a quantia equivalente a 5% do valor da causa, bem como o mesmo percentual para o êxito.

Prezado Silzomar

Precisaremos urgentemente das cópias das referidas intimações bem como sentença para darmos suporte ao pedido por fiança bancária. Quantoà nova proposta de honorários, estou de acordo.

Abraços.

Paula Milani Pragmácio Telles

IBM Brasil Legal Department.

Oportuno destacar que a sentença foi prolatada quando ainda em vigor o Código de Processo Civil de 1973, que em seu art, 20, §3º, previa que o valor dos honorários seriam fixados levando-se em consideração, dentre outras, a natureza e a importância da causa, sendo uma das características de tal a verificação do ganho econômico obtido pela parte representada.

In casu, reconhecido pelo juiz *a quo* que o proveito econômico foi de R$ 4.864.373,00, razão pela qual a quantia por ele fixada (R$ 50.000,00), não se mostra apta a remunerar com dignidade o causídico, representando pouco mais de 1% do benefício alcançado.

Dito isso, pedindo vênia ao ínclito Relator, hei por bem em acompanhar o douto 1º Vogal.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (4º Vogal)

No recurso formulado pela IBM Brasil Indústria, Máquinas e Serviços Ltda., a apelante requer a reforma da sentença que julgou parcialmente procedente os pedidos formulados na ação de arbitramento de honorários, que lhe move Silzomar Furtado de Mendonça Júnior, fixando a verba honorária em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), pugnando pela improcedência da ação.

Silzomar Furtado de Mendonça Júnior, por sua vez, requer a reforma parcial da sentença, para que os honorários advocatícios sejam fixados entre 10% a 20% dos valores envolvidos nas causas, ou de acordo com o laudo pericial.

O ponto suscitado, sob a sistemática do art. 942, do CPC2015, é o valor dos honorários advocatícios contratuais.

O relator, Des. Eduardo Machado Rocha, rejeita a preliminar de não conhecimento do recurso adesivo interposto pela IBM Brasil Indústria, Máquinas e Serviços Ltda. (arguida por Silzomar Furtado de Mendonça Júnior em contrarrazões), e, no mérito, dá parcial provimento ao recurso de Silzomar Furtado de Mendonça Júnior, reformando a sentença, para o fim de fixar os honorários advocatícios em 10% do valor da condenação, e dá parcial provimento ao recurso da IBM Brasil Indústria, Máquinas e Serviços Ltda., reduzindo o valor da condenação para R$ 23.706,69.

Já o Des. Nélio Stábile, 1º Vogal, diverge e dá provimento ao recurso de Silzomar Furtado de Mendonça Júnior, mas para fixar os honorários em 7,5% (sete e meio por cento) do valor dos embargos de

terceiro, e negou provimento ao recurso adesivo da IBM Brasil Indústria, Máquinas e Serviços Ltda., no que foi acompanhado pelo des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, 2º Vogal.

E, ao compulsar os autos, entendo que é caso de acompanhar a maioria, ou seja, de dar provimento parcial, em maior extensão, ao recurso interposto por Silzomar Furtado de Mendonça Júnior, e de negar provimento ao recurso da IBM Brasil Indústria, Máquinas e Serviços Ltda.

Isso porque, a despeito da realização de perícia a respeito da atuação do advogado nos processos referentes ao contrato celebrado entre as partes, as conclusões não foram levadas em consideração.

Ainda que o juiz não fique adstrito ao laudo pericial (f. 563-596), é evidente que não é razoável desprezar o trabalho elaborado por um técnico, o qual contém dados objetivos a respeito da questão examinada – extensão do trabalho realizado pelo advogado -, todos aptos a amparar um julgamento lastreado em elementos concretos, e não no inseguro conceito de discricionariedade do magistrado.

Portanto, havendo nos autos um laudo pericial que conclui pela aplicação de 7,5% sobre o valor dos embargos de terceiro, e também dados concretos a respeito das atividades desenvolvidas pelo advogado, apontando para o exercício de tarefas árduas, exame de vasta documentação, elaboração de mais de 40 recursos, não há razão para a diminuição dos honorários, mas sim de elevação, do modo como foi solucionada a questão, pelos e. Des. Nélio Stábile e Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

Diante do exposto, em cumprimento ao disposto no art. 942, do CPC, acompanho o 1º Vogal, Des. Nélio Stábile, para dar provimento parcial, em maior extensão, ao recurso interposto por Silzomar Furtado de Mendonça Júnior, e de negar provimento ao recurso da IBM Brasil Indústria, Máquinas e Serviços Ltda.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, afastaram a preliminar. Por maioria, negaram provimento ao recurso de IBM Brasil Ind. Máquinas e Serviços Ltda e deram parcial provimento ao apelo de Silzomar Furtado Mendonça Júnior, em maior extensão, nos termos do voto do 1º vogal, vencido o relator, que dava parcial provimento a ambos os recursos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho

Relator, o Exmo. Sr. Des. Eduardo Machado Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Nélio Stábile, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2017.

***

3ª Câmara Cível
Apelação nº 0800289-21.2013.8.12.0005 - Aquidauana
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – IMPERÍCIA/NEGLIGÊNCIA MÉDICA – RESPONSABILIDADE CIVIL – SUTURA DE FERIMENTO NA PERNA – CONSTATADA A PRESENÇA DE CORPO ESTRANHO, PEDAÇO DE VIDRO, QUASE DOIS MESES DEPOIS DO PRIMEIRO ATENDIMENTO – CULPA MÉDICA CARACTERIZADA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Pelas provas constantes dos autos, depreende-se que o apelante efetivamente agiu com imperícia, visto que realizou o atendimento do autor logo após o acidente, promovendo a limpeza final e a sutura do corte na perna, todavia não observou a presença de um pedaço de vidro de aproximadamente 7 centímetros.

Em que pese outros profissionais não terem notado o corpo estranho, o atendimento efetuado pelo recorrente deu-se quando o ferimento ainda estava aberto, de modo que com muito maior razão caberia a ele notá-lo e retirá-lo, tendo em vista que era mais perceptível naquela ocasião.

Eventual inconsistência em depoimento não elide o conjunto probatório dos autos, que aponta a existência de culpa do apelante. Não há indícios de que o autor tenha deixado de exercer o devido cuidado com o ferimento.

Considerando o abalo e sofrimento do autor, que teve de ficar por tempo significativo com um pedaço de vidro em sua perna, por conta da falta de zelo do requerido, conclui-se que o valor fixado pelo Juízo (R$ 12.000,00) a título de indenização pelo dano moral, mostra-se em consonância com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, diante das circunstâncias do caso e da extensão do ato culposo.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 7 de março de 2017.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Eduardo Moraes dos Santos interpõe o presente recurso de apelação em face de Francisco Seizer Neto, irresignado contra a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Aquidauana, que julgou parcialmente procedente a ação indenizatória movida pelo apelado, *"para o fim de condenar o requerido a pagar uma indenização ao autor pelos danos morais sofridos, que fixo em R$ 12.000,00, além de R$ 480,00 referentes ao dano material"* (f. 134/135).

Segundo consta na inicial, ao final de outubro de 2012, o recorrido envolveu-se em acidente automobilístico no Município de Aquidauana, em razão do qual adveio um corte em sua perna esquerda. Foi encaminhado ao Pronto Socorro Municipal, onde recebeu atendimento do apelante, que procedeu a limpeza, fez curativo e receitou medicamentos.

No dia seguinte, notando algo resistente ao toque sob a pele, que lhe causava dores constantes, procurou auxílio no Hospital Municipal, sendo atendido por outro médico, Nei Pires Borges; este lhe disse que poderia ser nervo ou sangue coagulado e com o passar do tempo as dores desapareceriam, o que não aconteceu.

Procurou novamente o médico Nei, dessa vez no Hospital da CASSEMS, que solicitou exame de ultrassonografia, realizado pelo médico José Luiz Quelho. O resultado revelou a presença de corpo estranho, razão pela qual foi encaminhado por Nei para cirurgia particular realizada pelo médico Rodrigo M. Barbero, que extraiu de sua perna um pedaço de vidro de formato triangular, tendo em torno de 5,5 cm de comprimento e 3 cm de base.

Em seu recurso, o apelante cita a certidão de ocorrência, na qual registrado que os bombeiros socorristas efetuaram a limpeza e fizeram curativo compressivo no ferimento, transportando o apelado para o Hospital Estácio Muniz, popularmente conhecido como Pronto Socorro.

Tratava-se de ferimento na face anterior da tíbia esquerda, de modo que foi seguido o protocolo, passando o autor primeiramente pela equipe de enfermagem, que lavou e tratou o corte. Depois, o apelante o atendeu: efetuou a limpeza final e a sutura, bem como o medicou e receitou medicamentos, recomendando que fosse a unidade básica de saúde.

Dois dias depois, em 30.10.2012, o Recorrido compareceu no posto de saúde municipal, onde realizou curativo simples. Em 05.11.2012, retornou ao Hospital Estácio Muniz, sendo atendido pelo médico Roberto Trindade, com anotação de que apresentava sutura em perna e seria o dia para retirar os pontos. Referido profissional solicitou a realização de radiografia, pela qual não identificou qualquer anormalidade (exame apresentado em cartório); assim, encaminhou-o a unidade básica.

Em 06.12.2012, o Autor foi atendido pela médica Tatiana Pereira, no Pronto Socorro do Hospital Estácio Muniz, em razão de outro acidente de trânsito, ocorrido em 05.12.2012. Foi atendido pelo médico Nei Pires Borges, que o encaminhou para o Centro de Especialidades Médicas do Município.

Assim, entende que resta incontroversa a ausência de responsabilidade dele apelante, visto que adotou o procedimento correto, que estava ao seu alcance, no que foi seguido por vários outros profissionais que atenderam o paciente posteriormente, aos quais o pedaço de vidro também permaneceu oculto.

Aduz que a relação entre médico e paciente é qualificada pelo meio empregado e não pelo resultado, sendo que apenas exame de ultrassom foi capaz de detectar o corpo estranho, de modo que não seria razoável exigir que o recorrente o tivesse detectado em atendimento emergencial. Não teria havido a imperícia alegada. Portanto, pugna pela improcedência da ação.

As Contrarrazões foram apresentadas fora do prazo legal, razão pela qual foram desentranhadas por determinação do Juízo *a quo* (f.181).

VOTO (EM 21/02/2017)

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Primeiramente, anoto que o presente recurso será apreciado com base no Código de Processo Civil de 1973, tendo sido interposto e a sentença objurgada proferida sob sua égide.

Deve ser negado provimento ao recurso.

A despeito dos argumentos esposados pelo apelante, entendo que não possuem o condão de suplantar os fundamentos lançados na sentença de origem, que deve prevalecer.

Pelas provas constantes dos autos, depreende-se que o apelante efetivamente agiu com imperícia, visto que realizou o atendimento do autor logo após o acidente, promovendo a limpeza final e a sutura do corte na perna, todavia não observou a presença de um pedaço de vidro de aproximadamente 7 centímetros.

Em que pese outros profissionais não tenham notado o corpo estranho, o atendimento efetuado pelo recorrente deu-se quando o ferimento ainda estava aberto, de modo que com muito maior razão caberia a ele notá-lo e retirá-lo, tendo em vista que era mais perceptível naquela ocasião, não havendo evidência de que no primeiro atendimento não se pudesse visualizar o vidro. Portanto, considerando o momento em que o apelante atuou no exercício de sua profissão, a despeito da alegada adoção dos meios necessários, não houve demonstração de extraordinariedade na lesão capaz de excluir sua omissão e ou imperícia em deixar de notar e extrair corpo estranho com cerca de 7 cm.

Conforme anotado pelo Juízo de origem:

> *Todos esses fatos e provas constantes dos autos, em especial o documento de f. 22, onde se verifica que o objeto retirado da perna do autor era grande o bastante para não ser percebido no momento da sutura, ao meu ver, levam à conclusão de que o réu, ao tempo, modo e local onde foram realizados os procedimentos de atendimento emergencial ao autor, tinha plenas condições de detectar a presença do objeto alocado sob o corte no qual realizou a sutura. Se não detectou, foi porque agiu com imperícia e, quiçá, negligência. O que se verifica, ao meu ver, é que o profissional médico que atendeu o autor não empregou em seu atendimento toda a atenção necessária e nem mesmo a básica que o caso exigia, deixando um pedaço de vidro de aproximadamente 07 centímetros na perna do autor, de forma a evidenciar a sua falta de zelo e cuidado na sua atuação Médica* (f.130).

O seguinte julgado deste Tribunal de Justiça corrobora a necessidade de responsabilização do médico em caso de omissão:

> *EMENTA - APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - FALECIMENTO DE PACIENTE EM RAZÃO DE ERRO MÉDICO - GAZE ESQUECIDA NO CORPO DO PACIENTE DURANTE PROCEDIMENTO CIRÚRGICO - NECESSIDADE DE NOVA CIRURGIA CUJAS COMPLICAÇÕES RESULTARAM NO ÓBITO - NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA E O EVENTO DANOSO DEMONSTRADO - DANOS MORAIS FIXADOS COM RAZOABILIDADE - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDOS. O dever de indenizar decorrente de responsabilidade subjetiva caracteriza-se com o preenchimento de 4 (quatro) requisitos legalmente exigidos: 1) a conduta; 2) o resultado; 3) o nexo causal entre ambos; e, 4) a culpa em qualquer de suas modalidades - negligência, imprudência e imperícia. Restando demonstrado o nexo de causalidade entre o esquecimento de compressas cirúrgicas dentro do corpo do paciente e o seu óbito, é de ser reconhecido o direito de indenização em favor da viúva. Danos morais presumidos, diante do incontestável e expressivo sofrimento da perda do cônjuge. O valor da indenização por*

> *danos morais não tem tabelamento e nem se encontra arrolado em lei, devendo ser feito com prudência e moderação pelo magistrado, com observação das diretrizes traçadas para casos idênticos pelos Tribunais Superiores, sempre levando em consideração o dano experimentado, sua extensão e repercussão na esfera e no meio social, a conduta que o causou e a situação econômica das partes. Deve, ademais, implicar em desmotivação da reiteração de prática de atos idênticos por parte da apelante, criando estímulo para não se dar continuidade na reiteração de atos de idêntica natureza. Recursos improvidos.* (Relator(a): Des. Dorival Renato Pavan; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 05/08/2013; Data de registro: 11/08/2013)

A irresignação do apelante quanto ao tamanho do pedaço de vidro encontrado não prospera, considerando que na descrição da operação realizada pelo Rodrigo M. Barbero consta que foi identificado corpo estranho em forma triangular, com mais ou menos 7 cm de comprimento, conforme se observa a f. 22. Ademais, eventual inconsistência em depoimento não elide o conjunto probatório dos autos, que aponta a existência de culpa do apelante. Não há indícios de que o Autor tenha deixado de exercer o devido cuidado com o ferimento; ao que consta, procurou ajuda médica com a intensificação das dores.

Dessa forma, vislumbro a ocorrência de dano moral, tal qual assentado na sentença, considerando o abalo e sofrimento do autor, que teve de ficar por tempo significativo com um pedaço de vidro em sua perna, por conta da falta de zelo do requerido. O valor fixado pelo Juízo, a título de indenização pelo dano moral, mostra-se em consonância com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, diante das circunstâncias do caso e da extensão do ato culposo, de modo que deve ser mantida a sentença de origem.

Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso de apelação, mantendo a sentença de origem em seus termos e por seus próprios fundamentos.

Conclusão de julgamento adiada, em face do pedido de vista do 2º vogal (Des. Marco André), após o relator negar provimento ao recurso. O 1º vogal se reserva.

VOTO (EM 07/03/2017)

O Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. (2º Vogal)

Solicitei vista dos autos para melhor análise da demanda, porém, não tenho dúvidas em acompanhar o i. Relator, Des. Nélio Stábile, que manteve o desfecho proferido pelo juízo *a quo*, considerando a comprovação inequívoca de que o demandado, ora apelante, utilizou-se de procedimento médico inadequado, ao suturar ferimento sofrido pelo demandante, deixando no local um pedaço de vidro de 7 (sete) centímetros.

Como bem ponderado pelo juízo *a quo*, o requerido deixou de adotar a atenção básica necessária durante o atendimento médico prestado ao autor no Pronto Socorro Municipal de Aquidauana, MS, acarretando-lhe danos de ordem moral e material.

Denota-se, portanto, que o médico requerido deixou de valer-se da boa técnica médica para tratamento dos ferimentos do autor e por isso merece ser responsabilizado pelos danos decorrentes de seu ato.

Sob outro enfoque, cumpre afastar o pedido de reforma do julgado no que tange ao *quantum* indenizatório a título de danos morais fixado pelo juízo *a quo*, no importe de R$ 12.000,00 (doze mil reais).

Isto porque o arbitramento do valor da indenização a título de compensação pelo dano moral deve ter como base o princípio da proporcionalidade, levando-se em conta as condições da pessoa ofendida, bem como a capacidade econômica da empresa ofensora, sem perder de vista, a reprovabilidade da conduta ilícita praticada e, por fim, que o ressarcimento do dano não se transforme em enriquecimento ilícito.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho[1] discorre sobre este tema:

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

Portanto, a indenização deve ter um caráter preventivo, com o fito de a conduta danosa não voltar a se repetir, assim como punitivo, visando à compensação ao dano sofrido. Não devendo, contudo, transformar-se em objeto de enriquecimento ilícito devido à fixação de valor desproporcional para o caso concreto.

Nesse norte, infere-se que o apelo não merece prosperar, uma vez que o valor de R$ 12.000,00 (doze mil reais) fixados em primeira instância mostra-se condizente com os fatos que permeiam a demanda e, ainda, com a capacidade econômica das partes.

Ante o exposto, acompanho o i. Relator, Des. Nélio Stábile, para conhecer do recurso de apelação interposto por Eduardo Moraes dos Santos, mas negar-lhe provimento.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (1º Vogal)

Acompanho o Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 07 de março de 2017.

***

1 **Programa de Responsabilidade Civil.** 7ª ed., rev. e amp. SP: Atlas, 2007, pág. 90.

2ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1407922-44.2016.8.12.0000
Relator Des. Nélio Stábile

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – TAXA DE FASE DE CONCURSO PÚBLICO – CANDIDATO IMPOSSIBILITADO DE EMITIR BOLETO PARA PAGAMENTO – RECUSA DE RECEBIMENTO POR MEIO DIVERSO – PAGAMENTO EFETUADO VIA DEPÓSITO JUDICIAL – DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE PARTICIPAÇÃO NA FASE EM QUESTÃO E, CUMPRIDOS OS REQUISITOS EDITALÍCIOS, NAS SUBSEQUENTES – EXISTÊNCIA – SEGURANÇA CONCEDIDA.

O caso amolda-se ao disposto no artigo 1º, da Lei 12.016/2009, segundo o qual o mandado de segurança é a medida cabível para fazer cessar ou evitar violação a direito líquido e certo por autoridade pública ou pessoa a ela equiparada.

A recusa ao recolhimento da taxa por outra forma não se mostra razoável, especialmente levando-se em conta não ser incomum que *sites* de inscrição em concurso público apresentem erros, ou não suportem a demanda de acesso.

A ausência de manifestação dos Impetrados nos autos do *mandamus* é sintomática, indicando que a situação descrita e o pedido revestem-se de consistência e razoabilidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 13 de março de 2017.

Des. Nélio Stábile - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Nélio Stábile.

Ismael Whesly Borges impetra o presente mandado de segurança, com pedido de liminar, contra o Secretário de Estado de Administração e Desburocratização, o Secretário de Justiça e Segurança Pública e o Diretor Presidente da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário, pretendendo lhe seja assegurada a realização do exame psicológico, em 24.07.2016, previsto no Edital nº 19/2016 – SAD/SEJUSP/AGEPEN.

Alega que se inscreveu no Concurso Público de Provas e Títulos para o cargo de Agente Penitenciário Estadual, do Quadro de Pessoal da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen), conforme Edital nº 01/2015 – SAD/SEJUSP/AGEPEN, tendo sido aprovado na prova escrita e convocado para a fase seguinte, de Avaliação Psicológica.

O edital de convocação prevê o recolhimento de taxa no valor de R$191,92 para realização da avaliação; todavia, o Impetrante alega que não conseguiu realizar o pagamento pelo *site* www.fapems.org.br, conforme procedimento estabelecido no item 2.2.1. Por meio de empréstimo, conseguiu o recurso para pagamento da taxa, porém a página apresentou uma série de erros, que não permitiram que imprimisse o boleto bancário. Tentou efetuar o pagamento pessoalmente na secretaria da Comissão Organizadora, mas foi-lhe informado que o recolhimento só poderia ser efetuado eletronicamente, mesma informação recebida em contato telefônico com a Fapems, organizadora do concurso.

Alega que houve omissão por parte dos impetrados, visto que não disponibilizaram outros meios para pagamento da taxa, sendo que pelo único meio previsto não lhe foi possível realizá-lo. Aduz que preenche os requisitos necessários para continuar no certame e que possui direito líquido e certo de que lhe seja garantido pagar a taxa e realizar a avaliação.

A liminar pleiteada foi concedida pela decisão de f.219/221.

Os Impetrados não apresentaram informações (f.242).

A Procuradoria de Justiça opinou pela concessão da segurança (f.248/254).

VOTO

O Sr. Des. Nélio Stábile. (Relator)

Conforme estabelece o artigo 1º, da Lei 12.016/2009, o mandado de segurança é a medida cabível para fazer cessar ou evitar violação a direito líquido e certo por autoridade pública ou pessoa a ela equiparada.

A pretensão subsume-se ao artigo supramencionado, tendo em vista que a afirmação do impetrante mostra-se verossímil, no que tange a ter sido impossibilitado de recolher a taxa para realização da avaliação psicológica.

Ao que consta, depois de sucessivas tentativas inexitosas de emitir o boleto pela página da *internet* prevista no edital, buscou realizar o pagamento pessoalmente na secretaria da comissão organizadora, o que não lhe foi permitido, com a justificativa de que o recolhimento limitar-se-ia à forma eletrônica, mesma informação repassada em contato telefônico com a Fapems, organizadora do concurso.

Dita recusa não se mostra razoável, especialmente levando-se em conta não ser incomum que *sites* de inscrição em concurso público apresentem erros, ou não suportem a demanda de acesso. Ademais, o impetrante realizou o pagamento nos termos da liminar deferida, o que corrobora a ideia de que teria sido impedido de efetuá-lo pelo único modo previsto no edital.

Outrossim, a ausência de manifestação dos impetrados nestes autos é sintomática, indicando que a situação descrita e o pedido do *writ* revestem-se de consistência e razoabilidade.

Ante o exposto, com fundamento no artigo 1°, da Lei n° 12.016/2009, confirmando a liminar anteriormente concedida e com o parecer, concedo a segurança pleiteada neste mandado para assegurar ao Impetrante Ismael Whesly Borges que recolha a taxa para realização de avaliação psicológica por depósito judicial, realize essa fase do concurso e prossiga nas subsequentes, desde que cumpridos os demais requisitos previstos no Edital nº 1/2015 do Concurso Público de Provas e Títulos para Provimento do Cargo de Agente Penitenciário Estadual do Quadro de Pessoal da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário – AGEPEN. Intimem-se os impetrados para levantamento da quantia depositada, mediante transferência bancária para conta a ser informada ou expedição de alvará, bem como para que, com o trânsito em julgado, retirem a anotação *sub judice* das referências do concurso ao nome do impetrante.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a segurança, nos termos do voto do relator. Decisão com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Alexandre Bastos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Nélio Stábile.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Nélio Stábile, Des. Alexandre Bastos, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 13 de março de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0802543-46.2013.8.12.0011 - Coxim
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – MORTE DE TRANSEUNTE QUE CAI EM BURACO NA VIA – SINALIZAÇÃO INSUFICIENTE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – NÃO COMPROVADA – CULPA CONCORRENTE – NÃO COMPROVADA – INDENIZAÇÃO DEVIDA – DANOS MORAIS – VALOR REDUZIDO – RECURSO PARCIALMENTE IMPROVIDO.

O Município também responde objetivamente nos casos em que se coloca na posição de garante, por deter a guarda de pessoas ou bens.

O valor da indenização por danos morais deve ser reduzido em consideração à quantidade de autores e o fato de se tratar de dano moral familiar, compensando-lhes o constrangimento e representando sanção aos apelados.

Recurso de apelação da Sanesul.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – MORTE DE TRANSEUNTE QUE CAI EM BURACO NA VIA – SINALIZAÇÃO INSUFICIENTE – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO MUNICÍPIO – CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA – NÃO COMPROVADO – CULPA CONCORRENTE – NÃO COMPROVADO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – DANOS MORAIS – VALOR REDUZIDO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A responsabilidade da autarquia em razão de dano causado por falha na sinalização de obra em via pública é objetiva.

A concessionária de água é solidariamente responsável com o município pelos danos causados em acidente decorrente de falta de sinalização durante o exercício da atividade da concessionária, na hipótese, prestação do serviço público.

O valor da indenização por danos morais deve ser reduzido em consideração à quantidade de autores e o fato de se tratar de dano moral familiar, compensando-lhes o constrangimento e representando sanção aos apelados.

Recurso adesivo dos requerentes.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – MORTE DE TRANSEUNTE QUE CAI EM BURACO NA VIA NÃO SINALIZADO – INDENIZAÇÃO DEVIDA – DANOS MORAIS – VALOR PROPORCIONAL E RAZOÁVEL – DANO MATERIAL – DESPESAS DE FUNERAL IMANENTES AO SINISTRO – INDENIZAÇÃO A SER FIXADA DE ACORDO COM OS PADRÕES PREVIDENCIÁRIOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O valor da indenização por danos morais não deve ser majorado se balizado na proporcionalidade e razoabilidade, mas reduzido levando em consideração a quantidade de autores e o fato de se tratar de dano moral familiar, compensando-lhes o constrangimento e representando sanção aos apelados.

À falta da comprovação das despesas com funeral, a reparação deve ser fixada de acordo com os padrões previdenciários.

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, em parte com o parecer, dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 15 de fevereiro de 2017.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Município de Coxim e Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A. – SANESUL interpuseram recursos de apelação e Francisca Correia de Souza e outros interpuseram recurso adesivo em face da sentença (f. 497-507) proferida em 2 de maio de 2016 por Helena Alice Machado Coelho, Juíza da 2ª Vara da Comarca de Coxim, que na ação de indenização por danos materiais e morais proposta por Francisca Correia de Souza, João Francisco Correia de Souza, Francisco Cleiton Correa de Souza, Cícero Leandro de Sousa, Maria Erisbão de Sousa, Francisco Leandro de Sousa, Djanira de Sousa Correa, Clairton Correia de Sousa e Maria das Graças de Sousa, julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na inicial para condenar os apelantes ao pagamento de indenização pelos danos morais a cada um dos autores e pensão alimentícia à viúva da vítima e à filha Dasdores Cristina de Souza.

Em razões recursais (f. 512-516), o município de Coxim requereu fosse reconhecida culpa exclusiva da vítima em razão de sua embriaguez no momento do acidente que a levou a óbito e, alternativamente, reconhecimento da culpa concorrente para fim de reduzir o valor da condenação pela metade.

Em razões recursais (f. 517-540), a apelante SANESUL alega culpa exclusiva da vítima, alternativamente, reconhecimento da culpa concorrente, para fim de reduzir a condenação em 50% fixando o *quantum* indenizatório em R$ 10.000,00 (dez mil reais) ou R$ 15.000,00 (quinze mil reais) para cada recorrido. Por fim, requer seja afastada a responsabilidade solidária entre SANESUL e Município de Coxim.

O apelado apresentou contrarrazões em face das apelações apresentadas pelo Município de Coxim e Empresa SANESUL (f. 544-548), pugnando pelo improvimento dos recursos.

Em recurso adesivo (549-554), Francisca Correia de Souza, João Francisco Correia de Souza, Francisco Cleiton Correa de Souza, Cícero Leandro de Sousa, Maria Erisbão de Sousa, Francisco Leandro de Sousa, Djanira de Sousa Correa, Clairton Correia de Sousa e Maria das Graças de Sousa, requerem: a majoração do valor do dano moral para R$ 100.000,00; a condenação nos danos materiais decorrentes dos gastos com o funeral do *de cujus*, a título de dano material; a majoração dos honorários advocatícios (art. 85, § 11, do CPC).

A apelante SANESUL apresentou contrarrazões ao recurso adesivo (f. 556-564).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 576/584) pela manutenção da condenação e redução do *quantum* indenizatório.

VOTO

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

Trata-se de recursos de apelação interposto pelo Município de Coxim e Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S/A – SANESUL e recurso adesivo interposto por Francisca Correia de Souza e outros, objetivando a reforma da sentença proferida pelo juiz da 2ª Vara de Coxim-MS, que na ação indenizatória por danos morais e materiais proposta por Francisca Correia de Sousa, João Francisco Correia de Souza, Francisco Cleiton Correa de Souza, Cícero Leandro de Sousa, Maria Erisbão de Sousa, Francisco Leandro de Sousa, Djanira de Sousa Correa, Clairton Correia de Sousa e Maria das Graças de Sousa, julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na inicial para condenar os apelantes ao pagamento de indenização pelos danos morais a cada um dos autores e pensão alimentícia à viúva da vítima e à filha Dasdores Cristina de Souza.

Confira-se o dispositivo da sentença de f. 497/507:

> *Ex positis, e por tudo mais que dos autos consta, julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados por Francisca Correia de Sousa, João Francisco Correia de Sousa, Francisco Cleiton Correa de Souza, Cícero Leandro de Sousa, Paulo Correia de Sousa, Thais Correia de Sousa, Maria Erisbão de Sousa, Maria Santa de Sousa, José Iram de Sousa, Dasdores Cristina de Sousa, Francisco Leandro de Sousa, Djanira de Sousa Correa, Clairton Correia de Sousa e Maria das Graças de Sousa em desfavor de Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S.A. - SANESUL e Município de Coxim, para o fim especial de confirmar a tutela antecipada anteriormente concedida e condenar os requeridos solidariamente:*
>
> *a) a pagar às requerentes Francisca Correia de Sousa e Dasdores Cristina de Sousa pensão mensal no valor equivalente a 2/3 de um salário mínimo percebida por Pedro Luiz de Souza à época de seu falecimento, a ser dividido em partes iguais entre as autores. Tal montante deverá ser pago desde a data do óbito (02/09/2013) até a data em que o de cujus completaria 74,9 anos, devidamente corrigido segundo os índices de variação do salário mínimo, tanto em relação às prestações vencidas quanto em relação às prestações vincendas (Súmula nº 490, do E. STF). As prestações em atraso deverão ser quitadas em uma única parcela, devidamente corrigidas monetariamente pelo IPCA-E a partir das datas em que deveriam ter sido pagas e com acréscimo de juros nos moldes do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09.*
>
> *b) a pagar indenização por danos morais no valor de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais) para cada autor. Sobre a verba condenatória, incidirá integralmente o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, até 25 de março de 2015, e, a partir daí, os juros serão os aplicáveis à caderneta de poupança, conforme o mesmo art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, e a correção monetária pelo IPCA-E (segundo decisão do E. STF modulando os efeitos das ADIs nº 4357 e 4425); os juros incidirão desde a data do óbito (02/09/2013 - fls. 31 - Súmula 54 do STJ) e a correção monetária, a contar da publicação desta sentença* (Súmula nº 362 do STJ).
>
> *Por consequência, com fundamento no art. 487, I, do NCPC, julgo extinto o processo, com resolução do mérito.*

Por fim, vencidos os requeridos em maior parte, condeno-os solidariamente ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em 8% sobre o valor total da condenação (Art. 85, §§ 2º e 3º, II, do NCPC), observadas a natureza e a importância da causa e o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Transitada em julgado, nada sendo requerido, arquivem-se os autos, após as anotações necessárias.

Em razões recursais (f. 512-516), o município de Coxim requereu fosse reconhecida culpa exclusiva da vítima em razão de sua embriaguez no momento do acidente que a levou a óbito e, alternativamente, reconhecimento da culpa concorrente para fim de reduzir o valor da condenação pela metade.

Em razões recursais (f. 517-540), a apelante SANESUL alega culpa exclusiva da vítima, alternativamente, reconhecimento da culpa concorrente, para fim de reduzir a condenação em 50% fixando o *quantum* indenizatório em R$ 10.000,00 (dez mil reais) ou R$ 15.000,00 (quinze mil reais) para cada recorrido. Por fim, requer seja afastada a responsabilidade solidária entre SANESUL e Município de Coxim.

O apelado apresentou contrarrazões em face das apelações apresentadas pelo Município de Coxim e Empresa SANESUL (f. 544-548), pugnando pelo improvimento dos recursos.

Em recurso adesivo (549-554), Francisca Correia de Souza, João Francisco Correia de Souza, Francisco Cleiton Correa de Souza, Cícero Leandro de Sousa, Maria Erisbão de Sousa, Francisco Leandro de Sousa, Djanira de Sousa Correa, Clairton Correia de Sousa e Maria das Graças de Sousa, requerem: a majoração do valor do dano moral para R$ 100.000,00; a condenação nos danos materiais decorrentes dos gastos com o funeral do *de cujus*, a título de dano material; a majoração dos honorários advocatícios.

A apelante SANESUL apresentou contrarrazões ao recurso adesivo (f. 556-564).

Breve relato dos fatos.

Consta da inicial que, no dia 30 de julho de 2013, no período noturno, a vítima Pedro Luiz de Souza trafegava com sua bicicleta pela rua Coronel Manoel Mariano, na cidade de Coxim, quando, devido à ausência de sinalização necessária, caiu em um buraco aberto pela empresa SANESUL. Relataram que a vítima foi socorrida e, após um mês internada nos hospitais de Coxim e Campo Grande/MS, veio a óbito.

As requerentes Francisca Correia de Sousa e Dasdores Cristina de Sousa sustentaram que eram economicamente dependentes da vítima. Os requerentes asseveram que sofreram danos materiais decorrentes dos gastos com remédios e funeral e experimentaram dano moral pelo sofrimento causado pela perda do marido e pai dos autores.

Requereram, em sede de tutela antecipada, a fixação de alimentos em favor da viúva, Francisca Correia de Souza, e da filha portadora de necessidades especiais, Dasdores Cristina de Souza, bem como o pagamento de auxílio psicológico a todos os requerentes. Pugnaram, por fim, a procedência dos pedidos para o fim de condenar a empresa requerida a pagar indenização por danos materiais e danos morais e pensão vitalícia.

A tutela antecipada foi parcialmente deferida (f. 69/70), decisão contra a qual foi interposto pela SANESUL, o qual foi negado provimento (f. 248/294).

Em contestação, a SANESUL alegou culpa exclusiva da vítima e inexistência do nexo causal entre o acidente e o resultado morte. Na hipótese de condenação da requerida, pediu que fosse reconhecida a culpa recíproca de modo a dividir a responsabilidade pela indenização. Asseverou a inexistência de danos

materiais ante a ausência de comprovação. Sustentou que o pedido de fixação de alimentos não prospera, argumentando que a vítima já havia ultrapassado a expectativa de vida média do homem brasileiro. Em caso de procedência, requereu que a pensão alimentícia seja limitada à data em que o *de cujus* completaria 78,5 anos de idade e fixada em 2/3 do salário mínimo, afastando-se a pretensão de pagamento em parcela única. Pugnou que a indenização do suposto dano moral seja fixada em valor moderado compatível com a extensão do dano.

O Município de Coxim, por sua vez, apresentou contestação (f. 208/218), na qual arguiu, preliminarmente, ilegitimidade ativa, pois os autores não comprovaram nos autos a condição de filhos e esposa do falecido Pedro Luiz de Sousa. No mérito, sustentou culpa exclusiva da vítima que, além de conduzir sua bicicleta sob efeito de álcool, deixou de observar a sinalização existente no local. Asseverou, alternativamente, culpa concorrente da vítima. Alegou que os autores não trouxeram qualquer prova que demonstre a diminuição em seus patrimônios em razão dos gastos com medicamentos e funeral para que surja o direito à indenização por danos materiais. Pediu que os alimentos sejam fixados em valor correspondente a dois terços do salário mínimo, dividido por ambos requeridos, em pagamentos mensais.

Em audiência de instrução foi colhido o depoimento da requerente Francisca Correia de Sousa, ouvidas a testemunhas Fátima Ribeiro da Silva Motara e Jorge Pereira da Silva, bem como os informantes Anderson dos Santos Campozano, Paulo Demétrio Campozano, Eduardo Pereira da Silva e Antonio Aristides Mochi.

As partes se manifestaram por memoriais (f. 346/351 e 364/370).

Sobreveio a sentença.

Responsabilidade civil dos apelantes.

Cuida-se de ação de reparação por danos morais e materiais movida em face do Município de Coxim e Sanesul.

Sabidamente, a evolução da responsabilidade do Estado pode ser dividida em quatro grandes etapas: a irresponsabilidade, marcada pela máxima de que o "Rei não erra", própria dos regimes absolutistas; a irresponsabilidade em relação aos atos de império e a responsabilidade em relação aos atos de gestão, que dependia da identificação do agente e demonstração de culpa deste; a culpa anônima do serviço, em que o Estado apenas responderia pelos atos decorrentes da má prestação do serviço, da não prestação, prestação tardia ou prestação insuficiente; e a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade objetiva.[1]

José dos Santos Carvalho Filho dissertando sobre a teoria do risco administrativo como fundamento da responsabilidade objetiva afirma*:*

> *Foi com lastro em fundamentos de ordem política e jurídica que os Estados modernos passaram a adotar a teoria da responsabilidade objetiva no direito público.*
>
> *Esses fundamentos vieram à tona na medida em que se tornou plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado.*
>
> *É realmente o sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso. O indivíduo, ao contrário, tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos.*

1 FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

> *Diante disso, passou-se a considerar que, por ser mais poderoso, o Estado teria que arcar com um risco natural decorrente de suas numerosas atividades: à maior quantidade de poderes haveria de corresponder um risco maior. Surge, então, a teoria do risco administrativo, como fundamento da responsabilidade objetiva do Estado.* (Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 556)

Na atualidade, o sistema jurídico reconhece a responsabilidade objetiva do Estado, consagrada nas disposições do art. 37, § 6º, da CF/88.

Confira-se:

> *§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.*

Nesta hipótese, dispensa-se a perquirição do elemento culpa (em sentido amplo) bastando a demonstração da conduta, dano e nexo de causalidade, de modo que a responsabilidade do Estado só será excluída se demonstrar a culpa exclusiva da vítima ou a ocorrência de caso fortuito ou força maior.

Mesmo que o dano decorra de omissão, a responsabilidade do Estado dá-se na forma objetiva, com base na Teoria do Risco Administrativo.

A este respeito, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo[2] sustentam:

> *Por último, é importante assinalar que nas hipóteses de pessoas ou coisas sob custódia do Estado, haverá responsabilidade civil objetiva deste, mesmo que o dano não decorra de uma atuação comissiva direta de um de seus agentes. Quando o Estado está na posição de garante, quando tem o dever legal de assegurar a integridade de pessoas ou coisas sob sua custódia, guarda ou proteção direta, responderá com base no art. 37, § 6º, por danos ocasionados a essas pessoas ou coisas, mesmo que não diretamente causados por atuação de seus agentes.*
>
> *Seria a hipótese, por exemplo, de um aluno de uma escola pública acarretar lesão a outro no horário de funcionamento da instituição, dos presos (um vem a matar o outro) ou dos doentes internados em um hospital público (que venham a sofrer um dano físico injustificável).*
>
> *Em todas essas situações caberá indenização, exceto se ficar comprovada a ocorrência de alguma causa excludente daquela responsabilidade estatal, como um evento imprevisível e irresistível, independente de qualquer atuação da Administração, caracterizador de situação de força maior. Por exemplo, se houve uma invasão imprevisível, inevitável e excepcional da escola, objetivamente anormal, por um bando armado ferindo os estudantes, fica afastada a responsabilidade da administração; porém, se o dano ocorreu em circunstâncias normais da escola, dentro da sala de aula, quando a Administração deveria – e tinha como – evitá-lo, o Estado será responsabilizado.*

Não é outro o caso dos autos, uma vez que o a vítima, enquanto transitava com sua bicicleta, na cidade de Coxim, caiu em um buraco aberto na via pública, pela apelante Sanesul, o qual não estava adequadamente sinalizado.

Com efeito, não há dúvidas acerca do nexo causal, uma vez que comprovado que a morte da vítima decorreu da queda em buraco de aproximadamente dois metros de profundidade.

2 ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21 Ed. São Paulo: Método. 2013. P. 813.

Os documentos juntados aos autos (f. 33/54), dão conta do fato e evidenciam a omissão das apelantes quanto à adequada nos cuidados com a sinalização no local.

Não bastasse, a prova oral colhida em audiência corrobora os fatos narrados na inicial. Vejamos:

Fátima Ribeiro da Silva Motara:

> *Sustentou que* ***o buraco estava próximo à calçada*** *da igreja* ***e longe das sinalizações*** *e, como estava noite e escuro, não tinha nada que indicasse sinal de perigo. Afirmou que não tinha iluminação pública no local e teve que acender as luzes da igreja para ter acesso ao buraco.* (f. 342-343 - negritei).

Anderson dos Santos Campozano:

> *Asseverou que quando deixa por mais tempo o buraco aberto, utiliza telas fosforescentes, mas* ***nesse dia não foi colocado*** (f. 342-343 - negritei).

Paulo Demétrio Campozano:

> *Sustentou que* ***próximo ao buraco não houve sinalização****.(...) Disse que* ***na época não usavam tela fosforescente*** *e que atualmente, para esse tipo de obra, utilizam a referida tela devido ao acidente e para a segurança dos funcionários da Sanesul* (f. 342-343 - negritei).

Eduardo Pereira da Silva:

> ***Que não sinalizaram próximo ao buraco*** *(...)* ***Não colocaram tela fosforescente*** *e,* ***após o acidente, passaram a usar****. Ressaltou que* ***o único poste de iluminação pública não funcionava*** *e que* ***a luz visualizada na fotografia de fl. 37 era da igreja*** (f. 342-343 - negritei).

Evidente, portanto, que a sinalização precária no local não foi suficiente para evitar o acidente.

Não prospera, ainda, o argumento dos apelantes de culpa exclusiva da vítima ou de sua contribuição do resultado, ao argumento de que a vítima estava embriagada no momento do acidente.

Primeiro, porque não há qualquer prova a indicar a embriaguez alegada, afinal, a indicação de que a vítima exalava odor etílico, por si só, não é apta a comprovar que estive embriagado.

Segundo, pelo fato de o buraco ter sido aberto em via pública, em local de pouca luminosidade, com sinalização precária, deixa claro que qualquer pessoa estaria sujeita a sofrer o acidente.

Desse modo, mantém-se a sentença que reconheceu o dever dos apelantes de indenizarem o apelado.

Solidariedade dos apelantes.

A autarquia recorrente sustenta que não há previsão legal para lhe imputar a responsabilidade solidária com o Município.

Não lhe assiste razão, pois a responsabilidade no caso dos autos é mesmo solidária. Vejamos.

A responsabilidade da SANESUL S/A pela abertura do buraco e pela falta de sinalização adequada na via pública se coaduna à responsabilidade do ente municipal, configurada no presente caso pela omissão na fiscalização do serviço prestado pela concessionária e manutenção das vias públicas.

Nesse sentido:

> *APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. BURACO NA VIA. QUEDA DE MOTOCICLETA. RESPONSABILIDADE CIVIL DA CORSAN E DO MUNICÍPIO. SOLIDARIEDADE. DEVER DE INDENIZAR. DANOS MORAIS. Hipótese em que o demandante sofreu queda de motocicleta em razão de um buraco não sinalizado existente na via, causando-lhe lesões físicas leves. O referido buraco surgiu em razão de obra pública realizada pela Corsan, que não procedeu à devida recuperação do pavimento após a conclusão da obra. Responsabilidade solidária do Município de Dois Irmãos pela falha no dever de fiscalização da obra, omitindo-se em zelar pela segurança do trânsito e pelas condições de trafegabilidade da via, não sendo a existência de um "contrato de programa" formalizado entre os demandados suficiente para afastar a responsabilidade do ente municipal. Ausente a escorreita demonstração da participação da vítima no ocorrido, não passando a suposta desatenção e a alta velocidade de meras alegações não comprovadas. Danos morais. Redução. A vítima, ainda que de forma leve, teve sua integridade física atingida, resultando com diversas escoriações pelo corpo, notadamente tórax, braço esquerdo e perna esquerda, com ênfase para a contusão do joelho esquerdo, necessitando de atendimento médico ambulatorial, de tal sorte que é devida a reparação dos danos morais causados. Contudo, é caso de reduzir-se o valor da indenização para R$... 2.000,00, como forma de adequar a o montante devido aos parâmetros adotados por este órgão fracionário, ponderando-se que as lesões foram leves e não ensejaram qualquer sequela ou a necessidade de tratamento prolongado. Honorários advocatícios. Os honorários advocatícios foram fixados no valor TJ-MS FL. 371 0006773-08.2011.8.12.0021 Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul de R$ 2.000,00 em favor do procurador do demandante, montante esse que não merece ser reduzido, pois compatível com o tempo de tramitação da demanda, com o trabalho desenvolvido pelo advogado e com a complexidade da causa. Apelações Providas em Parte. (Apelação Cível Nº 70060905643, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 30/07/2015)* (TJ-RS - AC: 70060905643 RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Data de Julgamento: 30/07/2015, Décima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/08/2015)

> *RESPONSABILIDADE CIVIL. QUEDA DE CICLISTA AO TRANSPOR BURACO/SALIÊNCIA NO LEITO DA VIA PÚBLICA. OBSTÁCULO NÃO SINALIZADO. DESNECESSIDADE DE PERQUIRIR SE A OBRA ESTAVA SENDO REALIZADA PELO MUNICÍPIO OU PELA EMPRESA A QUEM CONCEDEU A EXPLORAÇÃO DE SERVIÇOS QUE LHES SÃO PRÓPRIOS (CR, ART. 30, INCISO V). PRETENSÃO INDENIZATÓRIA FORMULADA CONTRA O MUNICÍPIO E A CONCESSIONÁRIA. DANO MORAL. DANO ESTÉTICO - RECURSOS DESPROVIDOS.* ***Compete ao município 'organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial'*** *(CR, art. 30, inciso V).* ***O município e a concessionária do serviço público de abastecimento de água e de coleta de esgoto são solidariamente responsáveis pela reparação dos danos resultantes da falta de sinalização indicativa de obstáculo no leito da via pública*** *(CR, 37, § 6º). Por isso é despiciendo perquirir se a obra estava sendo executada pelo poder concedente (Município) ou pela concessionária (Casan)* (AC n. 2010.011758-8, de Canoinhas, rel. Des. Newton Trisotto, j. 11/02/11 - destaquei)

Ademais, como bem ponderou o magistrado singular (f. 504):

> *(...) Portanto, em se tratando de conduta omissiva, no caso, omissão na adequada sinalização de obra no local, bem como na sua própria fiscalização, de modo a obstar quedas de pessoas que por ali transitam, emerge incontestável a responsabilidade*

> *dos requeridos. É patente, também, o nexo de causalidade. Resta, pois, inafastável a obrigação indenizatória decorrente da faute du service. Ademais,* ***o Município de Coxim é solidariamente responsável pelos danos causados em acidentes dessa natureza, por ausência de sinalização adequada durante o exercício da atividade da concessionária prestadora de serviço público*** (destaquei).

Portanto, não merece reparos a sentença neste ponto.

Danos morais.

Os danos morais, pela sua natureza de extrapatrimonialidade, são aqueles que atingem a esfera subjetiva da pessoa, cujo fato lesivo macula o plano dos valores em sociedade ou a sua própria integridade físico-psíquica, atingindo a sua honra, reputação, afeição, integridade física etc.

Tal indenização, no caso dos autos tem a função compensatória, sendo importante ressaltar que a soma arbitrada não pode ser inexpressiva e nem constituir fonte de enriquecimento sem causa, devendo guardar relação de proporcionalidade com o dano sofrido e com a gravidade do ato ilícito.

Entretanto, mensurar o *quantum* devido, constitui atividade difícil para o julgador, haja vista a falta de critérios objetivos na legislação pátria.

Rui Stoco, em sua obra Tratado de Responsabilidade Civil, Ed. RT, São Paulo: 2001, p. 1.030, traz algumas recomendações a serem seguidas pelo órgão judicante no arbitramento, para atingir a homogeneidade pecuniária na avaliação do dano moral. Veja-se:

> *a) o Magistrado nunca deverá arbitrar a indenização tomando como base apenas as possibilidades do devedor;*
>
> *b) também não deverá o julgador fixar a indenização com base somente nas necessidades da vítima;*
>
> *c) não se deve impor uma indenização que ultrapasse a capacidade econômica do agente, levando-o à insolvência;*
>
> *d) a indenização não pode ser causa de ruína para quem paga, nem fonte de enriquecimento para quem recebe;*
>
> *e) deverá o julgador fixá-la buscando o equilíbrio através de critério eqüitativo e de prudência, segundo as posses do autor do dano e as necessidades da vítima e de acordo com a situação sócio-econômica de ambos;*
>
> *f) na indenização por dano moral o preço de afeição não pode superar o preço de mercado da própria coisa;*
>
> *g) na indenização por dano moral a quantia a ser fixada não pode ser absolutamente insignificante, mas servir para distrair e aplacar a dor do ofendido e dissuadir o autor da ofensa da prática de outros atentados, tendo em vista o seu caráter preventivo e repressivo;*
>
> *h) na fixação do valor do dano moral o julgador deverá ter em conta, ainda e notadamente, a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a sua posição social e política. Deverá, também, considerar a intensidade do dolo e o grau de culpa do agente.*

É inegável o sofrimento, a dor, a saudade, a tristeza e a angústia experimentados pelos apelados, que tiveram ceifado de suas vidas seu genitor, pela omissão do apelante, de modo que levando em consideração

a quantidade de autores e que o dano moral é familiar, reduzo para R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) o valor fixado a título de danos morais pelo magistrado de primeiro grau, para cada apelado, que ainda assim atende satisfatoriamente aos interesses dos requerentes, compensando-lhe o constrangimento e representando sanção às apelantes.

Danos materiais.

De outro lado, as despesas com funeral são imanentes ao sinistro, razão por que, à falta da comprovação nos autos, devem ser fixadas de acordo com os padrões previdenciários[3].

Nesse sentido, decidiu-se no Superior Tribunal de Justiça:

> *CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. DESPESAS DE FUNERAL E SEPULTAMENTO. PROVA. DESNECESSIDADE, DESDE QUE LIMITADA AO PISO PREVISTO NA LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. 1. Desde que limitada ao mínimo previsto na legislação previdenciária, não se exige, para fins de indenização, a comprovação das despesas havidas com funeral e sepultamento, por se tratar de fato notório que deve ser presumido, pela insignificância do valor no contexto da ação, bem como pela natureza social da verba, de proteção e respeito à dignidade da pessoa humana. Precedentes. 2. A aparente divergência jurisprudencial no âmbito do STJ, pela necessidade de comprovação das despesas de funeral, é antiga e se encontra superada. 3. Recurso especial provido.* (REsp 1128637/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/05/2012, DJe 10/05/2012).

No mesmo sentido:

> *MÉRITO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE DO PAI DOS AUTORES CAUSADA POR NEGLIGÊNCIA DO CONDUTOR DO VEÍCULO DO MUNICÍPIO. OFENSA AO INCISO II DO ART. 29 CTB. DANOS MATERIAIS COMPROVADOS. DESPESAS COM FUNERAL. DESNECESSIDADE DA COMPROVAÇÃO. DANOS MORAIS. QUANTUM. ADSTRIÇÃO À RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA... III) Quanto às despesas com funeral, de acordo com a jurisprudência do STJ, não há necessidade de comprovação, em razão da certeza do fato e da realização do gasto (...)* (Relator(a): Des. Dorival Renato Pavan; Comarca: Sidrolândia; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 02/06/2014; Data de registro: 10/06/2014).

Dispositivo

Diante do exposto:

Conheço dos recursos de apelação interposto pelo Município de Coxim e Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul S/A – SANESUL e, no mérito, dou-lhes parcial provimento para reduzir o valor do dano moral a R$ 25.000,00 para cada autor.

Conheço do recurso adesivo interposto por Francisca Correia de Sousa, João Francisco Correia de Souza, Francisco Cleiton Correa de Souza, Cícero Leandro de Sousa, Maria Erisbão de Sousa, Francisco Leandro de Sousa, Djanira de Sousa Correa, Clairton Correia de Sousa e Maria das Graças de Sousa e, no mérito, dou-lhe parcial provimento para condenar os apelantes ao pagamento do dano material correspondentes às despesas de funeral, a ser fixado de acordo com os padrões previdenciários, apurado em liquidação de sentença.

Majoro os honorários advocatícios, em favor do advogado dos apelados, para 10% sobre o valor da condenação, com fulcro no art. 85, § 11, do NCPC.

3 Decreto n. 6307/07, art. 4º. O auxílio por morte atenderá, prioritariamente:
I - a despesas de urna funerária, velório e sepultamento (...)

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 15 de fevereiro de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação nº 0831249-98.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – TRANSPORTE AÉREO – *CHECK IN* E EMBARQUE NÃO AUTORIZADOS – VIAGEM EM FAMÍLIA – BILHETE ADQUIRIDO COM O SOBRENOME DE CASADA – DOCUMENTOS PESSOAIS E DOS FILHOS QUE DEMONSTRAM SER A MESMA PESSOA – MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – DANO MORAL CONFIGURADO – *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – DANO MATERIAL DEMONSTRADO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Nas ações de indenização por falha no serviço de transporte aéreo internacional incide o Código de Defesa do Consumidor, e não a Convenção de Montreal. Precedentes do STJ.

Evidente a falha na prestação de serviço da companhia aérea em razão de negativa de *check in* e embarque de passageira que adquiriu bilhete com o sobrenome de casada e apresentou passaporte renovado após o divórcio, porém, acompanhado de outros documentos, pessoais e dos filhos que com ela viajavam, que demonstravam tratar-se da mesma pessoa.

O dano moral puro dispensa comprovação.

Analisadas as condições econômicas das partes, o valor arbitrado a título de danos morais deve ser fixado de forma a reparar o sofrimento da vítima e penalizar o causador do dano, respeitando a proporcionalidade e razoabilidade.

Havendo prova do alegado dano material, é devida a reparação.

RECURSO ADESIVO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL – RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Analisadas as condições econômicas das partes, o valor arbitrado a título de danos morais deve ser fixado de forma a reparar o sofrimento da vítima e penalizar o causador do dano, respeitando a proporcionalidade e razoabilidade.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 22 de março de 2017.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

TAM Linhas Aéreas interpõe recurso de apelação e Vera Silvia Saad interpõe recurso adesivo em face da sentença proferida em 14.12.2015, por Vânia de Paula Arantes, Juíza da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, na ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por Vera Silvia Saad em desfavor de TAM Linhas Aéreas, julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial para condenar a requerida ao pagamento de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de danos morais, bem como R$ 5.107,56 (cinco mil, cento e sete reais e cinquenta e seis centavos), a título de dano material. Condenou a requerida ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor total da condenação atualizada.

Em razões do apelo (f. 146-155), TAM Linhas Aéreas pugna pela concessão de efeito suspensivo.

Alega a ausência de dano moral, ante a inexistência de culpa, pois é obrigação do passageiro verificar seus dados contidos na passagem e corrigi-los em tempo hábil, caso haja necessidade.

Ressalta que ao comprar o bilhete, a autora o preencheu com o nome de casada, porém, ao embarcar, portava documento com nome de solteira, o que inviabilizou a viagem.

Sustenta que *"os dissabores suportados pela apelada, ocorreram por sua própria culpa, que não foi diligente ao preencher corretamente os seus dados pessoais bem como, não os conferiu quando da confirmação da reserva foi-lhe entregue."*

Enfatiza que não está presente o dano, requisito indispensável para caracterização da responsabilidade civil.

Aduz que a quantificação do dano deve atender aos fins a que se presta a indenização, considerando a condição econômica da vítima e do ofensor, o grau de culpa, a extensão do dano, a finalidade da sanção reparatória e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Menciona que não há direito material, pois não praticou qualquer conduta irregular.

Aponta a necessidade de redução dos danos morais.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença, julgando-se improcedentes os pedidos iniciais.

A apelada apresentou contrarrazões ao apelo (f. 161-172), pugnando pelo desprovimento do recurso.

Em razões do recurso adesivo (f. 173-183), Vera Silvia Saad sustenta a necessidade de majoração do dano moral arbitrado.

Afirma que *"para uma companhia que tem um lucro mensal de mais de 10 milhões de reais, uma condenação de R$5.000,00, não corresponde a 0,25% do lucro auferido por ela."*

Ressalta que o valor arbitrado na sentença está muito abaixo dos valores previstos nos julgados desta Corte, não sendo suficiente para compensar a vítima e nem punir a companhia aérea.

Requer o provimento do recurso para reformar em parte a sentença e majorar o dano mora arbitrado.

A recorrida apresentou contrarrazões (f. 193-203), pugnando pelo improvimento do recurso.

VOTO

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

TAM Linhas Aéreas interpõe recurso de apelação e Vera Silvia Saad interpõe recurso adesivo em face da sentença proferida em 14.12.2015, por Vânia de Paula Arantes, Juíza da 4ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande que, na ação de indenização por danos materiais e morais ajuizada por Vera Silvia Saad em desfavor de TAM Linhas Aéreas, julgou parcialmente procedentes os pedidos contidos na inicial para condenar a requerida ao pagamento de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), a título de danos morais, bem como R$ 5.107,56 (cinco mil, cento e sete reais e cinquenta e seis centavos), a título de dano material. Condenou a requerida ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor total da condenação atualizada.

Confira-se a parte dispositiva da sentença de f. 130-142:

> *Posto isso, com fulcro no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo, com resolução do mérito, parcialmente procedente os pedidos formulados por Vera Silvia Saad nesta Ação de Reparação de Danos Morais e Materiais em face de TAM Linhas Aéreas S/A , para o fim de:*
>
> *I - condenar a requerida a pagar, a título de dano moral, em favor da autora, o valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), atualizados monetariamente pelo IGPM-FGV a partir da sentença, além de juros de mora de 1% ao mês (art. 406 do C.C./2002 c/c art. 161, § 1º, do CTN e Súmula 362 do STJ), contados a partir da citação.*
>
> *II - condenar a requerida a pagar, a título de dano material, o valor de R$ 5.107,56 (cinco mil cento e sete reais e cinquenta e seis centavos), corrigidos monetariamente pelo IGPM-FGV, a partir do respectivo desembolso, acrescido de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação.*
>
> *Como a parte autora decaiu minimamente de seu pedido, pois só não foi vitoriosa na integralidade dos danos materiais, condeno a parte ré ao pagamento das custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios, os quais, nos termos do art. 20, § 3°, do CPC, fixo na quantia correspondente a 15% (quinze por cento) sobre o valor total da condenação atualizada, considerando o grau de zelo do profissional, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.*
>
> *Após certificado o trânsito em julgado, não efetuado o pagamento da condenação principal e dos ônus sucumbenciais (custas, despesas e honorários advocatícios), no prazo de 15 (quinze) dias, a partir daí o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10%, nos termos que preconiza o art. 475-J do CPC, salvo se houver recurso, hipótese em que referido prazo somente se iniciará após a intimação da parte vencida, através de seu advogado, pela imprensa oficial, sobre a devolução dos autos da instância superior.*
>
> *Determino que todas as publicações e intimações da parte ré sejam feitas em nome do advogado Fábio Rivelli, OAB/MS 18.605-A e OAB/SP 297.608, de acordo com o requerimento de fl. 90.*
>
> *Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.*

Em razões do apelo (f. 146-155), TAM Linhas Aéreas pugna pela concessão de efeito suspensivo.

Alega a ausência de dano moral, ante a inexistência de culpa, pois é obrigação do passageiro verificar seus dados contidos na passagem e corrigi-los em tempo hábil, caso haja necessidade.

Ressalta que ao comprar o bilhete, a autora o preencheu com o nome de casada, porém, ao embarcar, portava documento com nome de solteira, o que inviabilizou a viagem.

Sustenta que *"os dissabores suportados pela apelada, ocorreram por sua própria culpa, que não foi diligente ao preencher corretamente os seus dados pessoais bem como, não os conferiu quando da confirmação da reserva foi-lhe entregue."*

Enfatiza que não está presente o dano, requisito indispensável para caracterização da responsabilidade civil.

Aduz que a quantificação do dano deve atender aos fins a que se presta a indenização, considerando a condição econômica da vítima e do ofensor, o grau de culpa, a extensão do dano, a finalidade da sanção reparatória e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Menciona que não há direito material, pois não praticou qualquer conduta irregular.

Aponta a necessidade de redução dos danos morais.

Requer o provimento do recurso para reformar a sentença, julgando-se improcedentes os pedidos iniciais.

A apelada apresentou contrarrazões ao apelo (f. 161-172), pugnando pelo desprovimento do recurso.

Em razões do recurso adesivo (f. 173-183), Vera Silvia Saad sustenta a necessidade de majoração do dano moral arbitrado.

Afirma que *"para uma companhia que tem um lucro mensal de mais de 10 milhões de reais, uma condenação de R$ 5.000,00, não corresponde a 0,25% do lucro auferido por ela."*

Ressalta que o valor arbitrado na sentença está muito abaixo dos valores previstos nos julgados desta Corte, não sendo suficiente para compensar a vítima e nem punir a companhia aérea.

Requer o provimento do recurso para reformar em parte a sentença e majorar o dano mora arbitrado.

A recorrida apresentou contrarrazões (f. 193-203), pugnando pelo improvimento do recurso.

Breve relato dos fatos.

Consta da inicial (f. 1-14) que Vera Silvia Saad, no dia 17.04.2015, adquiriu quatro passagens aéreas junto à requerida TAM Linhas Aéreas S/A, com saída desta Capital e chegada em Cancun, mediante a emissão de Pontos de Fidelidade. Relatou que o cadastro foi preenchido de forma automática pelo site da requerida. Porém, esclarece que ao realizar o *check in* no dia da viagem, foi informada de que seu documento não conferia com o nome que constava na reserva, pois o bilhete previa o nome de casada e o passaporte, que havia acabado de ser renovado, registrava o "nome de solteira", mesmo a funcionária da companhia possuir em mãos o visto válido, o RG novo e antigo e os passaportes dos filhos, comprovando que era a mesma pessoa que constava no bilhete. Ocorre que foi impedida de embarcar no voo previsto. Também não teve a oportunidade de buscar em casa a certidão de divórcio. Não tendo solução, fez com que seus filhos embarcassem e conseguiu adquirir uma nova passagem através da empresa Decolar. Entretanto,

com voo mais longo e com a volta diferente da de seus filhos. Afirmou que houve falha na prestação dos serviços e que a requerida poderia ter identificado a requerente por outros dados, sofrendo prejuízos de ordem moral e material, razão pela qual pugnou pela reparação dos danos.

A requerida apresentou contestação (f. 74-90), alegando que os transtornos sofridos pela requerente decorreram de sua própria culpa, pois é obrigação do passageiro verificar seus dados e corrigi-los em tempo hábil. Pugnou pela improcedência dos pedidos.

A requerente impugnou a contestação (f. 92-104).

Sobreveio a sentença recorrida (f. 130-142).

Da obrigação de indenizar

A companhia aérea recorrente visa à reforma da sentença, a fim de que a ação seja julgada improcedente.

Não lhe assiste razão.

No Direito Civil, a regra é a responsabilidade subjetiva, de modo que o dever de reparar exige a ocorrência de fato lesivo, causado por ação ou omissão, dano patrimonial ou moral e nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente.

Nesse sentido o teor do art. 186 do CC/202: *"Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."*

Há, porém, casos em que a perquirição do elemento culpa (em sentido amplo) é dispensada, sendo adotada a responsabilização na modalidade objetiva.

Na hipótese, existente o vínculo contratual entre os recorridos-requerentes e a companhia aérea, ora recorrente, incide o regramento do Código de Defesa do Consumidor e, de consequência, a responsabilidade objetiva pelos danos causados, segundo disposição do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Confira-se:

> *Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*
>
> *§ 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:*
>
> *I - o modo de seu fornecimento;*
>
> *II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;*
>
> *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.

Neste ponto, insta consignar que há muito está consolidada a orientação, em sentido contrário do que aduz a companhia aérea, de que, após a edição do Código de Defesa do Consumidor, a Convenção de Montreal deixou de ser aplicável no ordenamento jurídico nacional.

Veja-se, a respeito, os julgados proferidos no Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE AÉREO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ATRASO NO VOO E EXTRAVIO DE BAGAGEM. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO. DECISÃO MANTIDA.

1. Sendo a relação entre as partes regida pelo Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência deste STJ entende que a responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor da Lei 8.078/90, não é mais regulada pela Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal), ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, subordinando-se, portanto, ao Código Consumerista (AgRg no AREsp n. 582.541/RS, Relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 23/10/2014, DJe 24/11/2014).

2. Incidência da Súmula n. 83/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 661.046/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 17/09/2015, DJe 24/09/2015)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL . TRANSPORTE AÉREO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. OVERBOOKING. EXTRAVIO DE BAGAGENS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO. SUCUMBÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. DANO MORAL. EXISTÊNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SUMULA N. 7/STJ.

1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando o acórdão impugnado examina e decide, de forma motivada e suficiente, as questões relevantes para o desate da lide.

2. A responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor da Lei n. 8.078/90, não é mais regulada pela Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal) ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, subordinando-se, portanto, ao Código de Defesa do Consumidor.

3. A revisão de indenização por danos morais só é viável em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo. Salvo essas hipóteses, incide a Súmula n. 7 do STJ.

4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 409.045/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 26/05/2015, DJe 29/05/2015)

Na espécie, evidente a falha do serviço oferecido pela requerida, pois a requerente comprovou ter adquirido passagens aéreas com saída de Campo Grande-MS, escala em Congonhas (São Paulo) e destino em Cancun (México), para 08.07.2015, com saída às 03h43 e chegada no destino às 11h20, sendo a volta de

Cancun no dia 19.07.2015, às 17h50, com escala em Congonhas (São Paulo) e chegada em Campo Grande, às 08h40 de 20.07.2015 (f. 26). Demonstrou que a compra foi feita com o nome Vera Silvia Menezes (f. 25 e 33) e, embora tenha apresentado à companhia aérea RG (registro geral) (f 20), constando o nome Vera Silvia Saad, demonstrou, na mesma oportunidade, dois passaportes (f. 21-22), sendo um com o sobrenome de casada (Menezes) e o outro, mais recente, sem o sobrenome de casada, sendo relevante destacar que em todos consta a fotografia da mesma.

Além disso, a requerente apresentou os passaportes e bilhetes dos filhos Cláudio Freire de Menezes Júnior, Maria Clara Saad Menezes e Renata Menezes (f. 24-33), nos quais constam como genitora Vera Silvia Saad de Menezes.

Em razão de tais fatos, a requerente foi impedida pela requerida de realizar o *check in* e embarcar com seus filhos em viagem a Cancun, razão pela qual teve que adquirir nova passagem junto à outra empresa, conforme documentos de f. 38-43, desembolsando a quantia total de R$ 5.360,01 (cinco mil, trezentos e sessenta reais e um centavo).

Frise-se que o impedimento de *check in* e embarque da requerente no voo adquirido foi injustificado, notadamente que a mesma tinha em mãos todos os documentos que comprovavam ser a mesma pessoa, razão pela qual a companhia aérea poderia ter buscado alguma alternativa para solucionar o problema, passível de correção.

Contudo, a requerida não demonstrou qualquer interesse em solucionar administrativamente a questão, pois bastava mera correção no bilhete da requerente, razão pela qual não há falar-se que houve culpa exclusiva da autora.

Assim, patente a falha na prestação o serviço quanto à negativa de embarque da requerente, junto com seus filhos, evidenciado a responsabilidade da companhia aérea pelos danos causados à consumidora.

Nesse sentido:

> *EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS - REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENVOLVIDOS NA CADEIA ECONÔMICA DE CONSUMO - COMPRA DE BILHETE PELA INTERNET – ALEGADO ERRO NAS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELOS CONSUMIDORES – EMBARQUE NÃO AUTORIZADO PELA COMPANHIA AÉREA - AUSÊNCIA DE PROVA DA CULPA EXCLUSIVA DOS CONSUMIDORES - ERRO PASSÍVEL DE CORREÇÃO - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA – DEVER DE REPARAÇÃO DOS DANOS OCASIONADOS.*
>
> *Respondem, solidariamente, a empresa que comercializa passagem e a companhia aérea pelos danos advindos da falha de prestação de serviço, uma vez que o CDC dispõe sobre tal responsabilidade a todos aqueles envolvidos na relação.*
>
> *Cabe à parte que alega culpa exclusiva dos consumidores comprovar realmente o erro no preenchimento das informações para adquirir o bilhete aéreo, o que não se verifica quando nem mesmo junta o formulário enviado pelos passageiros.*
>
> *Há possibilidade de correção do bilhete emitido sem a menção do sobrenome de dois dos quatro passageiros, quando membros da mesma família e com a documentação com iguais sobrenomes.*
>
> *É devida a reparação por eventuais danos materiais e morais quando demonstrada a falha na prestação de serviço, sem qualquer comprovação de culpa exclusiva dos*

consumidores e, ainda, quando evidenciado que não houve qualquer ação por parte dos fornecedores de serviços para solucionar o problema de emissão dos dados nos bilhetes de embarque, impossibilitando o embarque.

Sentença mantida. Recursos improvidos. (TJMS; Relator(a): Des. Marcelo Câmara Rasslan; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 01/11/2016; Data de registro: 04/11/2016)

Evidenciada a falha no serviço contratado com a requerida, tenho que presente o dever de indenizar os danos materiais e morais experimentados pela requerente.

Do dano moral

No que se refere ao dano moral, a jurisprudência neste Tribunal é no sentido de que o atraso de voo gera dano moral puro, que independe de comprovação de prejuízos, visto que a obrigação de reparar o dano nasce com a ofensa à honra subjetiva.

A respeito disso, confira-se a lição de Sérgio Cavalieri Filho[1]:

Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe in re ipsa; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção hominis ou facti, que decorre das regras da experiência comum.

Nesse sentido:

EMENTA – RECURSOS DE APELAÇÃO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ATRASO INJUSTIFICADO DE VOO – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE INFORMAÇÃO – ATO ILÍCITO CONFIGURADO – DANO MORAL IN RE IPSA – VALOR DA INDENIZAÇÃO REDUZIDO. 01. Configurado o ato ilícito praticado pela companhia aérea, diante da falha na prestação do serviço (atraso injustificado de voo) e do descumprimento do dever de informação. 02. O dano moral de decorrente de atraso de voo é considerado in re ipsa. 03. Valor do dano moral reduzido para adequá-lo às circunstâncias do caso concreto. Recurso de apelação interposto pelo autor conhecido e não provido. Recurso de apelação interposto pela ré conhecido e parcialmente provido, para reduzir o valor da indenização. (TJMS; Apelação - Nº 0804444-76.2013.8.12.0002 – Dourados; 2ª Câmara Cível; Relator Des. Vilson Bertelli; julgado em 31/03/2015 – destaquei)

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – PRELIMINAR – ILEGITIMIDADE PASSIVA – AFASTADA – MÉRITO – VÔO INTERNACIONAL OPERADO NO REGIME DE CODE SHARE – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – MUDANÇA (ATRASO) NO HORÁRIO DO VÔO SEM PRÉVIA COMUNICAÇÃO – ATRASO DE 24 HORAS PARA SAÍDA DO LOCAL DE PARTIDA ACARRETANDO PERDA DE VOO INTERNACIONAL – FRUSTRAÇÃO EM PARTE DA VIAGEM PROGRAMADA – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – APLICABILIDADE DO CDC – DANO MORAL CONFIGURADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO MANTIDO – RAZOABILIDADE – DANO MATERIAL – COMPROVADO – RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. A legitimidade decorre da pertinência subjetiva da ação, caracterizada pelo enquadramento entre as partes integrantes do processo e os participantes da relação jurídica material afirmada em juízo. Configura-se parte legítima para figurar no polo passivo da demanda todas as

1 CAVALIERI, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014, P. 116.

> *empresas que operam voo no regime de code share, acordo existente entre as empresas aéreas para incrementar a eficiência produtiva, o qual permite a efetiva expansão das malhas de voo das empresas parceiras, sem que seja necessária a aquisição de aeronaves extras. Consoante estabelece parágrafo único do art. 7º do CDC: Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo. A jurisprudência dominante do STJ se orienta no sentido de prevalência das normas do CDC, em detrimento das Convenções Internacionais, como a Convenção de Montreal precedida pela Convenção de Varsóvia, aos casos de atraso de voo, em transporte aéreo internacional.* ***Nos termos do art. 14 do CDC, o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. Evidenciada a falha do serviço prestado pelas empresas aéreas, gerando perda do vôo internacional e frustração de parte dos planos dos autores, resta caracterizado o dever de indenizar.*** *Na quantificação dos danos morais, devem-se considerar os critérios da razoabilidade, ponderando-se as condições econômicas do ofendido e do ofensor, o grau da ofensa e suas consequências, tudo na tentativa de evitar a impunidade dos ofensores, bem como o enriquecimento sem causa do ofendido. Os danos materiais efetivamente comprovados devem ser ressarcidos. Se o percentual fixado na sentença, a título de honorários sucumbenciais, observa a norma do art. 20, § 3º, do CPC, deve ser mantido, de forma a remunerar de forma justa o trabalho desenvolvido pelo advogado. Torna-se desnecessária a manifestação expressa a respeito dos dispositivos legais, porquanto, não está o magistrado obrigado a abordar artigo por artigo de lei, mas tão somente a apreciar os pedidos e a causa de pedir, fundamentando a matéria que interessa ao correto julgamento da lide.* (TJMS; Apelação - Nº 0828969-28.2013.8.12.0001 - Campo Grande; 3ª Câmara Cível; Relator designado – Exmo. Sr. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo; julgado em 30/09/2014 – destaquei)

Assim, ainda que a empresa recorrente argumente que não há provas do dano moral, entendo que, sendo este presumido, cabia à companhia comprovar a sua não ocorrência.

Valor da indenização por danos morais

A questão atinente ao *quantum* indenizatório do dano moral é tema de diversas discussões em âmbito doutrinário e jurisprudencial, notadamente porque o sistema jurídico não traz parâmetros legais para a determinação do *quantum*.

Tem prevalecido o posicionamento de se tratar de questão subjetiva que deve obediência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

De mais a mais, também tem destaque o entendimento no sentido de que o valor do dano deve atender a dupla finalidade: reparar o ofendido e desestimular a conduta do ofensor. Vale registrar recentes julgados do TJMS em que referido entendimento foi externado:

> *EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COMINATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – DANO MORAL INCONTROVERSO – QUANTUM INDENIZATÓRIO EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.*
>
> *I – É incontroverso nos autos o ato ilícito praticado pela instituição de ensino que obstaculizou à autora o acesso às notas e provas em decorrência de débitos pretéritos. Entretanto, as circunstâncias que entremeiam a lide demonstram que o valor arbitrado pelo juízo de origem encontra-se em desarmonia com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e demais decisões em casos análogos. Precedentes desta Câmara.*
>
> *I –* ***Necessária, portanto, a adequação da verba condenatória para valor que***

> ***atenda satisfatoriamente a dupla finalidade da indenização por danos morais, qual seja, confortar a vítima pelo prejuízo e punir seu causador.*** (TJMS - Apelação -Nº 0820856-85.2013.8.12.001 - Campo Grande - 3ª Câmara Cível - Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson - j. em 7 de outubro de 2014) - destacado.
>
> *EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DA CONSUMIDORA NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO – DANO MORAL IN RE IPSA CONFIGURADO – QUANTUM INDENIZATÓRIO – PROPORCIONALIDADE – MANUTENÇÃO – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.*
>
> *O constrangimento e o abalo sofridos, decorrentes de registro indevido nos órgãos de restrição ao crédito, constituem causa eficiente para ensejar direito à indenização por danos morais.*
>
> ***Já está assentado na doutrina e na jurisprudência que o valor da indenização fixado a título de dano moral deve atender à capacidade econômico-financeira do ofensor, de modo tal a se constituir em fator de desestímulo do ato praticado e atender, por outro lado, à intensidade do sofrimento do ofendido, à gravidade, natureza e repercussão da ofensa, sem se constituir em fonte de enriquecimento indevido à vítima.*** (TJMS - Apelação -Nº 0801481-43.2014.8.12.008 - Corumbá - 4ª Câmara Cível - Rel. Des. Claudionor Miguel Abs Duarte - j. em 7 de outubro de 2014) – destacado.

Considerando essa dupla finalidade e, também, as peculiaridades do caso, a capacidade econômica da autora e da empresa, o descumprimento contratual sem justificativa, bem como a jurisprudência dessa Corte no tocante à fixação de danos morais, entendo que o valor fixado pelo magistrado *a quo* (R$ 5.000,00), comporta majoração para R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Isso porque os transtornos gerados pela recusa de embarque no voo adquirido, por si sós, são significativos e, na hipótese dos autos, há o agravante de tratar-se de viagem internacional, para a qual a requerente teve que realizar o trajeto sem a companhia dos três filhos que embarcaram no voo previamente programado.

Desse modo, devida majoração dos danos morais.

Dos danos materiais

Como se sabe, o dano material é aquele que atinge o patrimônio da vítima, podendo ser mensurado financeiramente e indenizado.

Sérgio Cavalieri Filho[2], leciona:

> *Os efeitos do ato ilícito podem repercurtir não apenas diretamente sobre a vítima mas também sobre pessoa intercalar, titular de relação jurídica que é afetada pelo dano não na sua substância, mas na sua consistência prática.*
>
> *(...) Entendo que a solução prática deva ser buscada, uma vez mais, no nexo de causalidade. O ofensor deve reparar todo o dano que causou, segundo a relação de causalidade. O que importa é saber é saber se o dano decorreu efetivamente da conduta do agente, já que, como vimos, em sede de responsabilidade civil predomina a teoria da causa adequada, ou da causa direta e imediata.*

2 CAVALIERE, Sérgio Filho. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas. 2014.P. 136-137.

Nesse sentido:

> *DANO MORAL - APELAÇÃO – ATRASO DE VOO – PERDA DE CONEXÃO – ATRASO NA CHEGADA AO DESTINO FINAL EM MAIS DE UM DIA - Demanda indenizatória (danos morais) por conta da má prestação do serviço de transporte aéreo, cujos pedidos foram julgados procedentes - Presença de relação de consumo (arts. 2º e 3º do CDC) – Nexo causal evidente – DANO MORAL IN RE IPSA – Sentença que fixou o valor da condenação em R$7.880,00 para cada um dos autores – Sentença mantida.*
>
> ***DANOS MATERIAIS – Comprovação dos gastos adicionais dos autores em função da situação retratada nos autos – Resultado da r. sentença de procedência para condenar a ré ao pagamento de R$784,68 – Sentença mantida.*** *RECURSO NÃO PROVIDO. (*TJSP; Apelação nº 1006008-55.2014.8.26.0302; Relator(a): Roberto Mac Cracken; Comarca: Jaú; 22ª Câmara de Direito Privado; julgado em 30/07/2015 – destaquei).
>
> *Apelação Cível. Transporte aéreo. Ação de indenização por danos materiais e morais. Sentença de procedência parcial. Inconformismo dos autores. Atraso de voo com perda sucessiva de conexões. Responsabilidade objetiva da companhia aérea pela primeira conexão perdida. Dano moral pelo atraso configurado.* ***Indenização pelos danos materiais. Reserva demonstrada.*** *Limite da restituição que deve ser apurado, pois há variação de valores decorrentes de cancelamento e "no show". Devolução do que, comprovadamente, foi desembolsado pelos autores. Responsabilidade dos autores pela perda da segunda conexão. Inexistência de motivo para o pagamento dos valores das passagens extras pela companhia aérea. Extravio de bagagem. Entrega após embarque em cruzeiro. Desencontro por culpa dos autores, que não tinham tempo hábil para resolver a questão no aeroporto. Dano moral e/ou material não caracterizado. Cancelamento de voos de volta não demonstrado. Retorno de um casal somente no dia seguinte. Falta de "check in " em Barcelona. Realocação para o próximo voo. Perda de conexão por culpa dos autores. Dano moral não caracterizado. Indenização, a este título, afastada. Violação de bagagem. Danos materiais não comprovados. Prova de que os bens supostamente faltantes foram levados na viagem inexistente. Itens de valor, ademais, que deveriam ter sido transportados em bagagem de mão. Valores arbitrados a título de danos, proporcionais e razoáveis. Valores gastos com táxi. Despesa que cabe à parte. Eventual acordo entre autores é matéria alheia para resposta no conflito. Sentença parcialmente reformada. Recurso da ré parcialmente provido, não provido o dos autores.* (TJSP; Apelação nº 0004804-17.2013.8.26.0564; 22ª Câmara de Direito Privado; Relator(a): Hélio Nogueira; Comarca: São Bernardo do Campo; julgado em 20/08/2015 – destaquei).

Assim, a companhia aérea deve ressarcir a autora dos gastos excepcionais tidos em razão da aquisição de novo bilhete aéreo para o destino programado.

A requerente comprovou gastos no valor total de R$ 5.107,56 (cinco mil, cento e sete reais e cinquenta e seis centavos) sendo: R$ 4.215,81 (quatro mil, duzentos e quinze reais e oitenta e um centavos), a título de passagens aéreas junto à United (f. 36-40); R$ 891,00 (oitocentos e noventa e um reais), em passagem aérea junto à Aero México (f. 42-43).

Assim, demonstrados os prejuízos materiais, devida a reparação.

Dispositivo

Diante do exposto:

Nego provimento ao recurso de apelação interposto por TAM Linhas Aéreas.

Dou parcial provimento ao recurso adesivo interposto por Vera Silvia Saad para reformar em parte a sentença e majorar os danos morais para R$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Majoro os honorários advocatícios para 20% do valor atualizado da condenação, com base nos §§ 1º e 11, do art. 85, do CPC/2015.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso de Vera Silvia Saad e negaram provimento ao recurso de Tam Linhas Aéreas, nos termos do voto do relator.

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 22 de março de 2017.

***

4ª Câmara Cível
Apelação n. 0800102-02.2016.8.12.0007 - Cassilândia
Relator Des. Odemilson Roberto Castro Fassa

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – CONDIÇÃO DE EFICÁCIA DA SENTENÇA – VALOR CERTO SUPERIOR A 100 SALÁRIOS MÍNIMOS – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO – DESAPROPRIAÇÃO – FORMA DE AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DE PROPRIEDADE – INDENIZAÇÃO – LEGITIMIDADE DO PARTICULAR CONCESSIONÁRIO OU DELEGATÁRIO – VALIDADE DO DECRETO EXPROPRIATÓRIO QUE ATENDE ÀS EXIGÊNCIAS LEGAIS – ITBI – IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO DE BENS *INTER VIVOS* – NÃO INCIDÊNCIA – JUROS DE MORA – A MESMA UTILIZADA PARA COBRANÇA DO TRIBUTO PAGO EM ATRASO – CORREÇÃO MONETÁRIA – IPC-A – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE – RECURSO IMPROVIDO.

A remessa necessária é condição legal indispensável para que a sentença contra a Fazenda Pública transite em julgado.

Entende-se como valor certo da condenação o valor histórico da obrigação principal, conforme estipulado na sentença, mais os honorários advocatícios, uma vez que ambos são quantias certas que serão despendidas pela Fazenda Pública para a quitação de seu débito.

A desapropriação amigável concluída extrajudicialmente, na via administrativa, ou judicial, por meio de processo litigioso, com a intervenção do Poder Judiciário, revela-se, sempre, modo originário de aquisição da propriedade: inexiste um nexo causal entre o passado, o estado jurídico anterior, e a situação atual.

Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público, também, podem expropriar, desde que expressamente autorizados por lei ou contrato.

Não há que se falar nulidade das resoluções autorizativas, que indicaram a manifestação de vontade do Poder Público, o fundamento legal que se embasou o poder expropriante, a destinação específica dada ao bem, e a identificação dos imóveis expropriados, a partir da referência ao desenho da planta geral.

Se a desapropriação é forma originária de aquisição da propriedade, inadmissível falar-se em incidência do imposto de transmissão previsto no art. 156, inc. II, da Constituição Federal.

Nos termos da súmula 162 do STJ: "*Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido*."

O índice a ser aplicado é mesmo o IPC-A, conforme decidido no STF no julgamento da ADI 4357/DF.

Conforme disposto na súmula 188 do STJ: "*Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença*."

A Súmula 523 do STJ prevê que: "*A taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito de tributos estaduais deve corresponder à utilizada para cobrança do tributo pago em atraso, sendo legítima a incidência da taxa Selic, em ambas as hipóteses, quando prevista na legislação local, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices*".

Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 22 de março de 2017.

Des. Odemilson Roberto Castro Fassa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Município de Cassilândia interpôs apelação em face da sentença (f. 269/278) proferida em por Flávia Simone Cavalcante Costa, Juíza da 1ª Vara da comarca de Cassilândia, que na ação de repetição de indébito tributário proposta por Indaiá Grande Energia S/A, julgou parcialmente procedentes os pedidos para determinar a restituição dos tributos pagos indevidamente, no valor de R$ 87.475,84 (oitenta e sete mil quatrocentos e setenta e cinco reais e oitenta e quatro centavos), corrigidos monetariamente a partir do pagamento indevido, com base na TR até 25/03/2015 e, após esse período, pelo IPCA, nos termos da decisão proferida pelo STF na ADIn 4.357/DF, com juros de mora de 1% ao mês, desde que não haja previsão específica em lei municipal quanto à incidência de juros e correção, bem com na verba sucumbencial decorrente.

Em razões recursais (f. 285/292), argui a necessidade da submissão da sentença à remessa necessária.

No mérito, aduz que a transferência dos imóveis não se tratou de desapropriação, mas de verdadeira transmissão da propriedade, mediante ato oneroso *inter vivos,* o que justifica a incidência do imposto de transmissão de bens imóveis – ITBI.

Argumenta pela impossibilidade da restituição, seja pela falta previsão legal na legislação municipal a embasar o pedido, seja pelo fato de que não houve insurgência da parte tempestivamente, à época do recolhimento do imposto, motivo pelo qual não se imputa o erro do pagamento do tributo à Administração Municipal.

Assevera que os índices de correção devem se pautar pelas regras da Lei 9.494/97.

Pleiteia, por fim, a inversão do ônus sucumbencial.

Foi determinada a intimação do apelado para apresentar contrarrazões (f. 293).

O Município de Cassilândia manifestou (f. 294/298) arguindo "*matéria de ordem e de interesse público, até mesmo para ser analisado por ocasião do reexame necessário*".

Expôs que não existiu desapropriação, mas verdadeira compra e venda dos imóveis, destacando que não houve ato declaratório de interesse público a justificar a desapropriação.

Destaca que as resoluções normativas n. 1856/09, 2064/09 e 2153/10 são nulas por ausência de descriminação da área a ser desapropriada e desvio de finalidade da declaração expropriatória.

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 301/306), pugnando pelo improvimento do recurso.

Intimado quanto à manifestação do Município de Cassilândia (f. 294/298), o apelado Indaiá Grande Energia S/A sustentou, preliminarmente, a ocorrência de preclusão consumativa, uma vez que apresentada apelação, utilizou do expediente para emendar as razões de recurso, inovando.

No mérito, defendeu a regularidade das desapropriações, com base em declaração de utilidade pública, pela ANEEL, de todos os bens necessários à implantação do projeto, não caracterizando desvio de finalidade.

VOTO

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

Trata-se de recurso de apelação interposto por Município de Cassilândia, objetivando a reforma da sentença proferida pela Juíza da 1ª Vara de Cassilândia que, na ação de ação de repetição de indébito tributário proposta por Indaiá Grande Energia S/A em face do recorrente, julgou parcialmente procedentes os pedidos para determinar a restituição dos tributos pagos indevidamente, no valor de R$ 87.475,84 (oitenta e sete mil quatrocentos e setenta e cinco reais e oitenta e quatro centavos), corrigidos monetariamente a partir do pagamento indevido, com base na TR até 25/03/2015 e, após esse período, pelo IPCA, nos termos da decisão proferida pelo STF na ADIn 4.357/DF, com juros de mora de 1% ao mês, desde que não haja previsão específica em lei municipal quanto à incidência de juros e correção, bem como na verba sucumbencial decorrente.

Confira-se o dispositivo da sentença (f. 269/278):

> *Diante do exposto, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo parcialmente procedente o pedido inicial, para o fim de condenar o Município de Cassilândia a restituir à autora os tributos por esta pagos indevidamente, no valor de R$ 87.475,84 (oitenta e sete mil, quatrocentos e setenta e cinco reais e oitenta e quatro centavos), corrigidos monetariamente a partir do pagamento indevido, com base na TR até 25/03/2015 e, após esse período, pelo IPCA, nos termos da decisão proferida pelo STF na ADIn 4.357/DF, com juros de mora de 1% ao mês, desde que não haja previsão específica em lei municipal quanto à incidência de juros e correção.*
>
> *Considerando que o autor decaiu em parte menor do pedido, condeno-o ao pagamento de 20% das custas, despesas processuais e honorários de sucumbência, ficando o requerido condenado ao pagamento dos 80% restantes. Fixo honorários de sucumbência em 10% da condenação, nos termos do artigo 85, § 2.º, do Código de Processo Civil.*
>
> *Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Transitada em julgado, arquivem-se.*

Em razões recursais (f. 285/292), argui a necessidade da submissão da sentença à remessa necessária.

No mérito, aduz que a transferência dos imóveis não se tratou de desapropriação, mas de verdadeira transmissão da propriedade, mediante ato oneroso *inter vivos,* o que justifica a incidência do imposto de transmissão de bens imóveis – ITBI.

Argumenta a impossibilidade da restituição, seja pela falta previsão legal na legislação municipal a embasar o pedido, seja pelo fato de que não houve insurgência da parte tempestivamente, à época do recolhimento do imposto, motivo pelo qual não se imputa o erro do pagamento do tributo à Administração Municipal.

Assevera que os índices de correção devem se pautar pelas regras da Lei 9.494/97.

Pleiteia, por fim, a inversão do ônus sucumbencial.

Foi determinada a intimação do apelado para apresentar contrarrazões (f. 293).

O Município de Cassilândia manifestou (f. 294/298) arguindo "*matéria de ordem e de interesse público, até mesmo para ser analisado por ocasião do reexame necessário*".

Expôs que não existiu desapropriação, mas verdadeira compra e venda dos imóveis, destacando que não houve ato declaratório de interesse público a justificar a desapropriação.

Destaca que as resoluções normativas n. 1856/09, 2064/09 e 2153/10 são nulas por ausência de descriminação da área a ser desapropriada e desvio de finalidade da declaração expropriatória.

O apelado apresentou contrarrazões de apelação (f. 301/306), pugnando pelo improvimento do recurso.

Intimado quanto à manifestação do Município de Cassilândia (f. 294/298), o apelado Indaiá Grande Energia S/A sustentou, preliminarmente, a ocorrência de preclusão consumativa, uma vez que apresentada apelação, utilizou do expediente para emendar as razões de recurso, inovando.

No mérito, defendeu a regularidade das desapropriações, com base em declaração de utilidade pública, pela ANEEL, de todos os bens necessários à implantação do projeto, não caracterizando desvio de finalidade.

Breve relato dos fatos.

A autora alega que por meio de concessão autorizativa da ANEEL, lhe foi concedido a exploração de energia, no rio Indaiá Grande, por 30 anos e, diante das autorizações, promoveu as desapropriações necessárias para implantação da hidrelétrica.

Todavia, apesar de se tratar de aquisição originária, lhe foi exigido o recolhimento do ITBI, descrevendo as propriedades em que o tributo lhe foi exigido, totalizando a quantia de R$ 105.043,94 (cento e cinco mil, quarenta e três reais e noventa e quatro centavos).

Sustenta que a desapropriação é forma originária de propriedade e, por não se tratar de transmissão por ato oneroso *inter vivos*, não pode haver incidência de ITBI, assim, requer a restituição do tributo pago, no valor atualizado de R$ 205.642,36 (duzentos e cinco mil, seiscentos e quarenta e dois reais e trinta e seis centavos).

Citado (f. 124), o requerido apresentou contestação.

O Ministério Público manifestou-se, aduzindo ser devida a incidência do tributo, ao argumento de que se trata de transmissão de imóveis de particulares a uma empresa privada, sendo assim, transmissão onerosa *inter vivos*, assim, neste sentido, opina pela improcedência do pedido (f. 251/256).

Sobreveio a sentença.

Remessa necessária.

A remessa necessária consiste na necessidade, imposta por lei, de que a sentença, para tornar-se eficaz, seja reexaminada pelo tribunal, ainda que não tenha havido nenhum recurso das partes. É condição indispensável para que possa transitar em julgado.

Enquanto não o fizer, a sentença não transita em julgado, como estabelece a Súmula 423 do STF: "*Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso ex officio, que se considera interposto ex lege".*

Se o juiz não determinar a remessa, caberá ao presidente do tribunal avocar os autos (art. 496, § 1º).

O art. 496 do CPC enuncia duas hipóteses de cabimento do reexame: no inciso I, mencionam-se as sentenças contrárias à Fazenda Pública; no inciso II, alude-se às sentenças de procedência de embargos à execução fiscal.

Mas não é toda sentença desfavorável à Fazenda Púbica que se submete à remessa necessária. Os §§ 3.º e 4.º do art. 496 estabelecem exceções de duas distintas ordens.

A primeira consiste em um limite quantitativo, de dimensão econômica (art. 496, § 3.º). Não há remessa necessária de sentenças cuja condenação ou proveito econômico para o vitorioso tenha valor certo e líquido de até: mil salários mínimos, quando contrárias à União e respectivas autarquias e fundações; quinhentos salários mínimos, quando contrárias aos Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações ou os Municípios que constituam capitais dos Estados; e cem salários mínimos, no caso de todos os demais municípios e respectivas autarquias e fundações. O CPC/15, ao prever expressamente que o valor deve ser líquido, recepcionou orientação do STJ já sumulada, no sentido de que as hipóteses de dispensa da remessa necessária por limite de valor somente incidem quando for líquida a sentença (Súmula 490).

A segunda exceção concerne a um limite qualitativo, de consonância da sentença com orientação jurisprudencial ou administrativa assente (art. 496, § 4.º). Assim, não se submeterão ao reexame necessário as sentenças em concordância com: acórdão proferido em procedimento de resolução de recursos repetitivos no STF ou STJ, súmula de tribunal superior, entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência ou entendimento que esteja em conformidade com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

No caso dos autos, o valor do salário mínimo, à época da sentença, era de R$ 880,00[1] (oitocentos e oitenta reais) a condenação imposta à Fazenda Pública Municipal, no valor de R$ 87.475,84 (oitenta e sete mil, quatrocentos e setenta e cinco reais e oitenta e quatro centavos), acrescido dos honorários de sucumbência de 10% sobre o valor da condenação, atinge-se em valor superior a cem salários mínimos.

Nesse sentido:

> *PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. REEXAME NECESSÁRIO. DISPENSA. ART. 475, §2º, DO CPC. SENTENÇA DESFAVORÁVEL À FAZENDA PÚBLICA. CONDENAÇÃO. VALOR CERTO INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS.*

1 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8618.htm

> *1. Não há violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da análise do acórdão recorrido e dos embargos de declaração, tendo o Tribunal a quo se manifestado expressamente acerca dos artigos 20 e 475 do CPC.*
>
> *2. Pela leitura do art. 475, §2º, do CPC, conclui-se que somente se poderá dispensar o reexame necessário caso a sentença seja líquida e o valor nela quantificado não exceder a 60 salários mínimos, ou caso ela se referir a direito, de valor certo que não supere tal montante.*
>
> *3. Entende-se como valor certo da condenação o valor histórico da obrigação principal, conforme estipulado na sentença, mais os honorários advocatícios, uma vez que ambos são quantias certas que serão despendidas pela Fazenda Pública para a quitação de seu débito.*
>
> *4. Salienta-se que a correção monetária e os juros moratórios não podem ser levados em consideração para o cálculo do disposto no art. 475, §2º, do CPC, uma vez que são acessórios e consectários lógicos da condenação principal, não tratando de parcela autônoma de julgamento, de modo que sua incidência independe da vontade da parte.*
>
> *5. No presente caso, a sentença desfavorável à Fazenda Pública condenou-a a ressarcir a ora recorrida o valor de R$ 30.213,76 e a verba honorária em 12% do valor da condenação, o que ultrapassa a sessenta salários mínimos da época (R$ 32.700,00), conforme estipulado pelo acórdão recorrido (fls. 360).*
>
> *6. Recurso especial parcialmente provido para determinar o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que seja realizado o reexame necessário.* (REsp 1339011/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013)

Logo, não importa se o juiz remeterá os autos ou se estes subiram porque houve recurso da parte ou porque o presidente do tribunal avocou, a submissão à remessa necessária é condição de eficácia da sentença.

Portanto, passo analisar, conjuntamente, o mérito da apelação e reexaminar a sentença.

Mérito.

A inicial foi instruída com o Diário Oficial da União (f. 16/18) que publicou as resoluções autorizativas n. 1856/09, 2064/09 e 2513/10, da Agência Nacional de Energia Elétrica, que declarou de utilidade pública, "*para fins de desapropriação, em favor de Empa S.A. Serviços de Engenharia, as áreas de terra que perfazem uma superfície total de 1417,87 ha (mil quatrocentos e dezessete hectares e oitenta e sete ares), de propriedades particulares distribuídas no Município de Cassilândia, Estado de Mato Grosso do Sul, necessárias à implantação da PCH Indaiá Grande, representadas no desenho intitulado: "PCH Indaiá Grande - Área do Reservatório - Planta Geral", em escala 1:20.000, datado de maio de 2009"*

Consta, ainda, as escrituras públicas de desapropriação amigável:

> *a) Espólio de Ari Braz Dias – f. 40/43;*
>
> *b) Jorge Maluly Neto – f. 60/72;*
>
> *c) Sol Empreendimento – f. 94/101;*
>
> *d) Antares Indústria Têxtil Ltda – f. 76/93.*

Da desapropriação.

O despojamento compulsório da propriedade pelo Poder Público pode estar fundado:

> *a) em necessidade ou utilidade pública ou interesse social (artigo 5.º, XXIV, da CF);*
>
> *b) em descumprimento do Plano Diretor do Município – quando dispensada a prévia indenização e admitido o pagamento mediante títulos da dívida pública (artigo 182, § 4.º, III, da CF);*
>
> *c) visar, à luz do descumprimento da função social do imóvel rural, à reforma agrária – hipótese em que autorizado o pagamento da indenização por meio de títulos da dívida agrária (artigo 184 da CF);*
>
> *d) apoiar-se na utilização criminosa dos bens, situação que desobriga o pagamento de indenização ao expropriado (artigo 243 da CF).*

A desapropriação amigável concluída extrajudicialmente, na via administrativa, ou judicial, por meio de processo litigioso, com a intervenção do Poder Judiciário, revela-se, sempre, modo originário de aquisição da propriedade: inexiste um nexo causal entre o passado, o estado jurídico anterior, e a situação atual.

A propriedade adquirida, com o aperfeiçoamento da desapropriação, liberta-se de seus vínculos anteriores, desatrela-se dos títulos dominiais pretéritos, dos quais não deriva e com os quais não mantém ligação, tanto que não poderá ser reivindicada por terceiros e pelo expropriado (artigo 35 do Decreto-lei n.º 3.365/1941), salvo no caso de retrocessão.

A propósito da desapropriação amigável, Diogenes Gasparini[2] acentua: mesmo ela, na qual, igualmente, a transferência do domínio é imposta pelo Poder Público, a aquisição da propriedade é originária, "*dado que o expropriante e o expropriado ajustam seus interesses apenas em relação à indenização, às condições de pagamento e à transferência da posse*".

Na mesma linha, Celso Antonio Bandeira de Mello[3] destaca a natureza compulsória da aquisição da propriedade realizada por meio da desapropriação, causa autônoma suficiente, por si só, para incorporação do bem expropriado ao patrimônio do Poder Público, apoiada na sua vontade, no seu poder de império, e no pagamento da indenização, malgrado encerrado o procedimento extrajudicialmente, com acordo.

Enfim, ainda que a segunda fase do procedimento expropriatório bifásico, a executiva (a primeira fase é a declaratória), termine no âmbito administrativo, com a lavratura da escritura pública amigável de desapropriação, a ser registrada no Registro de Imóveis, a desapropriação, a despeito do acordo extrajudicial, não se desnatura, ou seja, não se transmuda em modo derivado de aquisição da propriedade.

Consoante Marçal Justen Filho[4], *"a concordância do particular não atribui natureza consensual à desapropriação,"* que, assim – implicando supressão da propriedade privada por iniciativa estatal, para a qual indiferente a anuência do expropriado -, "*não se confunde com uma compra e venda*", ainda que haja "*aquiescência no tocante ao valor da indenização*."

O despojamento da propriedade é coativo, mesmo na desapropriação amigável: inexiste, na desapropriação, em quaisquer de suas espécies, transferência consensual da propriedade para o Poder Público. A perda compulsória da propriedade, acompanhada de sua aquisição originária pelo expropriante, é resultante do procedimento administrativo desencadeado pelo Estado.

2 **Direito Administrativo.** 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

3 **Elementos de Direito Administrativo.** 31. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 889.

4 **Curso de Direito Administrativo**. 9. Ed. São Paulo: RT, 2013.

Nesse sentido:

> *REGISTRO DE IMÓVEIS – Escritura pública de desapropriação amigável – Modo originário de aquisição da propriedade – Desnecessidade de prévia apuração da área remanescente do registro atingido – Abertura de matrícula para a área desapropriada, com a averbação do desfalque no registro originário – Recurso a que se nega provimento* (Relator(a): Pereira Calças; Comarca: Araraquara; Órgão julgador: Conselho Superior de Magistratura; Data do julgamento: 02/06/2016; Data de registro: 08/06/2016).

Da competência para desapropriação.

A desapropriação é o procedimento administrativo identificado pela prática de uma série encadeada de atos preordenados à perda da propriedade, pelo particular, mediante transferência forçada de seus bens para o Poder Público, precedida, em regra, do pagamento de prévia e justa indenização em dinheiro.

A competência, em matéria de desapropriação, triparte-se em: competência legislativa, competência declaratória e competência executória.

Para o caso dos autos interessa a competência executória, que consistente na legitimidade para promover os atos práticos tendentes a promover a incorporação do patrimônio privado ao erário, em se tratando de desapropriação, ou afetação de um bem privado serviente a um serviço dominante, em se tratando de servidão administrativa.

Sobre o tema, Kiyoshi Harada[5]:

> *Podem figurar como sujeito ativo da desapropriação quaisquer entidades politicas componentes da Federação, isto é, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, que detêm o poder de desapropriar. Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público, também, podem expropriar, desde que expressamente autorizados por lei ou contrato (...) Importante frisar que poder expropriatório original só detêm as entidades políticas componentes da Federação. Tanto os concessionários de serviços públicos, como os estabelecimentos de caráter público, assim entendidas as pessoas jurídicas que exercem, por delegação, as atribuições do Poder Público, só podem desapropriar mediante autorização legislativa ou contratual. Em outras palavras, a entidade política competente concede ao concessionário ou delegado de Poder Público a faculdade de desapropriar os bens necessários ao desempenho de suas obrigações legais e contratuais, isto é, a execução do serviço público.*

É o que dispõe o artigo 3º do Decreto-Lei nº 3.365, de 1941. Confira-se:

> *Os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato.*

Não bastasse, a Lei 9.074/95, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências, no art. 10, prevê o seguinte:

> *Cabe à Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, declarar a utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica.*

Todavia, que nem sempre serviços de energia elétrica autorizados são de interesse público, como no caso do art. 7º, inc. I e II, da Lei 9.074/95, *in verbis:*

5 **Desapropriação: doutrina e prática**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 59/60.

> *Art. 7º São objeto de autorização:*
>
> *I - a implantação de usinas termelétricas, de potência superior a 5.000 kW, destinada a uso exclusivo do autoprodutor;*
>
> *I - a implantação de usinas termoelétricas de potência superior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts) destinadas a uso exclusivo do autoprodutor e a produção independente de energia;* (Redação dada pela Lei nº 13.360, de 2016)
>
> *II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos, de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 10.000 kW, destinados a uso exclusivo do autoprodutor.*
>
> *II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos, de potência superior a 3.000 kW (três mil quilowatts) e igual ou inferior a 10.000 kW (dez mil quilowatts), destinados a uso exclusivo do autoprodutor.* (Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015)
>
> *II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 5.000 kW (cinco mil quilowatts) e igual ou inferior a 50.000 kW (cinquenta mil quilowatts) destinados a uso exclusivo do autoprodutor e a produção independente de energia.*(Redação dada pela Lei nº 13.360, de 2016)
>
> *Parágrafo único. As usinas termelétricas referidas neste e nos arts. 5º e 6º não compreendem aquelas cuja fonte primária de energia é a nuclear.*

Nota-se que, à época da publicação da resolução autorizativa, a capacidade da usina foi alçada em 18.306 kW de potência instalada, superior à previsão legal de 10.000 kW, a indicar que não se tratava de mero interesse particular.

Da validade das resoluções autorizativas.

As resoluções autorizativas n. 1856/09, 2064/09 e 2513/10, da Agência Nacional de Energia Elétrica, indicam a região geográfica alcançada pela unidade, qual seja: coordenadas geográficas 19° 16' 58'' S e 52o - 23' 52'' W, no Rio Indaiá Grande, afluente pela margem esquerda do rio Sucuriú, sub-bacia 63, na Bacia Hidrográfica do rio Indaiá Grande, afluente pela margem esquerda do rio Sucuriú, sub-bacia 63, na Bacia Hidrográfica do rio Paraná, Município de Cassilândia, Estado de Mato Grosso do Sul (f. 16).

Ainda: (...) *as áreas de terra que perfazem uma superfície total de 1417,87 ha (mil quatrocentos e dezessete hectares e oitenta e sete ares), de propriedades particulares distribuídas no Município de Cassilândia, Estado de Mato Grosso do Sul, necessárias à implantação da PCH Indaiá Grande, representadas no desenho intitulado: PCH Indaiá Grande - Área do Reservatório - Planta Geral, em escala 1:20.000, datado de maio de 2009* (f. 17)

Logo, não há de se falar em nulidade das resoluções autorizativas, que indicaram a manifestação pública de vontade do Poder Público, o fundamento legal que se embasou o poder expropriante, a destinação específica dada ao bem, e a identificação dos imóveis expropriados, a partir da referente ao desenho da planta geral.

Do imposto sobre transmissão de bens *inter vivos.*

O ITBI (Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis) se trata de imposto municipal, cuja previsão constitucional está no art. 156, II.

Confira-se:

> *Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:*
>
> *(...)*
>
> *II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;*

Em comentário sobre o ITBI, Ricardo Alexandre[6] esclarece:

> *Segundo o art. 156, II, da CF/1988, compete aos Municípios instituir imposto sobre a transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição.*
>
> *(...)*
>
> *rigor, como a propriedade é legalmente definida como direito real, é correto afirmar que o ITBI incide sobre a transmissão onerosa de direitos reais, exceto os de garantia. A incidência também vai ocorrer na cessão de direitos de aquisição dos imóveis. Ressalte-se que o direito do promitente comprador do imóvel (direito de aquisição decorrente do contrato de compromisso de compra e venda) já está legalmente incluído entre os direitos reais sobre imóveis (inciso VII acima transcrito), de forma que sua transmissão já estaria sujeita ao tributo, independentemente da regra extensiva. Estão excluídas do campo de incidência do ITBI as transmissões de direitos reais de garantia (penhor, hipoteca e anticrese). Como o penhor se refere a bens móveis, as exceções são apenas a hipoteca e a anticrese. O ITBI também não incide sobre as transmissões originárias, como por usucapião (CC, art. 1.238) ou por acessão (CC, art. 1.248).*

Leandro Paulsen analisa o art. 35 do CTN[7]: "*O imposto em questão não incide nos casos de aquisição originária da propriedade, como na usucapião e na desapropriação. Isso porque, nesses cassos inocorre "transmissão"*

Nesse sentido:

> *(...) se o usucapião é forma originária de aquisição da propriedade, não encerrando transmissão, inadmissível falar-se em incidência do imposto de transmissão previsto no art. 35 do CTN (...)* (José Calos de Moraes Salees, Usucapião de Bens Imóveis e Móveis, 2ª edição, RT, 1992, p. 186/188). No mesmo sentido: RTJ 117/652, RT 439/214, 623/58 e 635/6, RJTJESP 94/3, 107/239, 107/321 e 112/283, RDA 73:160 e RTJ 117:652.
>
> *EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - DESAPROPRIAÇÃO - ITBI - NÃO-INCIDÊNCIA - SENTENÇA CONFIRMADA. - Por constituir a desapropriação forma de aquisição originária da propriedade, inexistindo o caráter de onerosidade, não encerra o ato hipótese de incidência do ITBI.* (TJMG - Reexame Necessário-Cv 1.0035.14.003515-1/001, Relator(a): Des.(a) Belizário de Lacerda, 7ª Câmara Cível, julgamento em 26/04/2016, publicação da súmula em 02/05/2016)
>
> *REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida prejudicada – Falta de prenotação e qualificação após reingresso do título – Carta de adjudicação – Desapropriação – Modo originário de aquisição da propriedade – Ausência de transmissão onerosa – Comprovação de pagamento de ITBI injustificável – Dispensa da exibição de CNDs e declaração*

6 **Direito tributário esquematizado.** 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 603.

7 Leandro Paulsen. **Direito Tributário.** 17 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2015, p. 714.

de ITR (item 119.1. do Cap. XX das NSCGJ) – Memorial descritivo lacunoso – Laudo pericial incompleto – Ofensa ao princípio da especialidade objetiva – Desnecessidade da apuração da área rural remanescente e da prévia averbação da desapropriação nos registros anteriores – Pertinência da exigência de certidões atualizadas das matrículas onde originalmente descritas a área rural desapropriada – Recurso não conhecido, com observação. (Relator(a): Pereira Calças; Comarca: Cordeirópolis; Órgão julgador: Conselho Superior de Magistratura; Data do julgamento: 21/06/2016; Data de registro: 07/11/2016)

REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - COBRANÇA DE ITBI - AQUISIÇÃO DE IMÓVEL POR MEIO DE USUCAPIÃO - MODO DE AQUISIÇÃO ORIGINÁRIO QUE NÃO IMPORTA EM TRANSMISSÃO - CONCEITO DE DIREITO PRIVADO QUE NÃO PODE SER ALTERADO PELA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 110 DO CTN - INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR - REMESSA OFICIAL DESPROVIDA - SENTENÇA MANTIDA. Como a transmissão pressupõe uma vinculação, decorrente da vontade ou da lei, entre o titular anterior e o novo titular, descabe a cogitação de imposto em se tratando de aquisição originária, como no caso da desapropriação e do usucapião, por exemplo, em que inexiste qualquer vínculo entre aquele que perde o direito de propriedade e aquele que o adquire. (Kioshi Harada, Direito financeiro e tributário. São Paulo: Atlas, 2003, p. 410). (TJSC, Reexame Necessário em Mandado de Segurança n. 2009.013387-0, de Porto Belo, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 22-11-2011).

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO.APELAÇÃO 1 DOS RÉUS. - JUSTA INDENIZAÇÃO. VALOR APURADO POR PERÍCIA. LAUDO ELABORADO POR PERITO E DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. IMPOSSIBILIDADE DE ADOÇÃO DE VALOR INFORMADO PELOS REQUERIDOS. APELAÇÃO 2 DO AUTOR. - IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS. DESAPROPRIAÇÃO. FORMA ORIGINÁRIA DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE. AUSÊNCIA DE TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE. FATO NÃO GERADOR DO IMPOSTO. NÃO INCIDÊNCIA DO ITBI.JUROS DE MORA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONHECIMENTO DE OFÍCIO.INCIDÊNCIA DESDE O TRÂNSITO EM JULGADO ATÉ O EFETIVO PAGAMENTO.NÃO COMULAÇÃO COM OS JUROS COMPENSATÓRIOS. TRIBUNAL DE JUSTIÇAESTADO DO PARANÁ RECURSO 1 DOS RÉUS CONHECIDO E NÃO PROVIDO. - RECURSO 2 DO AUTOR CONHECIDO E PROVIDO. - SENTENÇA REFORMADA DE OFÍCIO QUANTO AOS JUROS DE MORA E OS JUROS COMPENSATÓRIOS.- O valor apurado em perícia realizada por profissional habilitado e constante em laudo devidamente fundamentado prevalece sobre o valor informado em parecer da requerida.- A aquisição originária de propriedade tem como consequência lógica a não ocorrência da transmissão da propriedade, com o que na desapropriação não incide o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis - ITBI.- O juros de mora constituem matéria de ordem pública que pode ser conhecida de ofício.- Os juros moratórios, na desapropriação promovida por pessoa jurídica de direito privado contam-se desde o trânsito em julgado até o efetivo pagamento e não se cumulam com os juros compensatórios devidos da imissão na posse até o trânsito em julgado. (TJPR - 4ª C.Cível - AC - 1210244-0 - Guarapuava - Rel.: Rafael Vieira de Vasconcellos Pedroso - Unânime - J. 25.11.2014)

Bem ponderada a sentença (f. 274/275):

Observa-se que o valor pago ao antigo proprietário do imóvel desapropriado caracteriza-se como indenização, que constitui uma forma de reparo de uma perda. Por consequência, isso descaracteriza a onerosidade do negócio, pois não há autonomia da vontade do proprietário, ou transmissão voluntária do bem imóvel, não se podendo caracterizar a operação como onerosa para fins de incidência do ITBI, por isso, não há uma transmissão do imóvel do proprietário para o expropriante, mas a aquisição direta da

> *propriedade, por meio do instituto da desapropriação, não havendo subsunção à hipótese de incidência do ITBI.*

Da restituição.

Analisado que a desapropriação trata-se de aquisição originária, não consubstancia fato gerador para incidência do o imposto, devida a restituição na forma simples.

Decorre do Código Tributário Nacional, com previsão no art. 165, a obrigação de restituir o tributo pago indevidamente.

Confira-se:

> *Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:*
>
> *I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;*
>
> *II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;*
>
> *III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.*

No Direito Tributário, não se exige, em regra, a prova do erro, pois como afirma Aliomar Baleeiro[8]:

> *O art. 165 cortou a discussão, assegurando a repetição 'independentemente do prévio protesto', sem exigir a prova do erro, porquanto não se admite a presunção da vontade do contribuinte de recolher tributo por simples liberalidade, pois a compulsoriedade é característica essencial das obrigações tributárias. Basta, assim, evidenciar a inexistência de obrigação tributária. [10] Porém, como o próprio Luciano Amaro doutrina, isso não significa que, em toda e qualquer situação, nunca se tenha de provar matéria de fato no âmbito da repetição de indébito tributário.*

Inexistindo a obrigação tributária, desnecessária se faz a prova do engano ou equívoco na realização do pagamento, pois a obrigação tributária, em sendo uma obrigação *ex lege*, na qual a hipótese de incidência está ligada estritamente ao princípio da legalidade, nenhuma pessoa pode ser compelida a pagar um tributo, sem que uma lei tenha previamente criado tal tributo e definido as respectivas hipóteses de incidência.

Atualização monetária e dos juros de mora.

O recurso ainda questiona os índices oficiais de remuneração a ser aplicado ao caso dos autos.

A correção monetária incide a partir do pagamento indevido.

Nesse sentido a Súmula 162 do STJ: "*Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido*."

O índice a ser aplicado é mesmo o IPC-A, como constou da sentença, e não os rendimentos da poupança, conforme decidido na ADI 4357/DF, afinal, trata-se de crédito tributário.

8 BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro,** atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 878.

Confira-se:

> *DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE INTERSTÍCIO CONSTITUCIONAL MÍNIMO ENTRE OS DOIS TURNOS DE VOTAÇÃO DE EMENDAS À LEI MAIOR (CF, ART. 60, §2º). CONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE SUPERPREFERÊNCIA A CREDORES DE VERBAS ALIMENTÍCIAS QUANDO IDOSOS OU PORTADORES DE DOENÇA GRAVE. RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À PROPORCIONALIDADE. INVALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA LIMITAÇÃO DA PREFERÊNCIA A IDOSOS QUE COMPLETEM 60 (SESSENTA) ANOS ATÉ A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA (CF, ART. 5º). INCONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS EM PROVEITO EXCLUSIVO DA FAZENDA PÚBLICA. EMBARAÇO À EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO (CF, ART. 5º, XXXV), DESRESPEITO À COISA JULGADA MATERIAL (CF, ART. 5º XXXVI), OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES (CF, ART. 2º) E ULTRAJE À ISONOMIA ENTRE O ESTADO E O PARTICULAR (CF, ART. 1º, CAPUT, C/C ART. 5º, CAPUT).* ***IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS.*** *INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5º, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO. OFENSA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE DIREITO (CF, ART. 1º, CAPUT), AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ART. 2º), AO POSTULADO DA ISONOMIA (CF, ART. 5º, CAPUT), À GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL (CF, ART. 5º, XXXV) E AO DIREITO ADQUIRIDO E À COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). PEDIDO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE.*
>
> *1. A aprovação de emendas à Constituição não recebeu da Carta de 1988 tratamento específico quanto ao intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação (CF, art. 62, §2º), de sorte que inexiste parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior. A interferência judicial no âmago do processo político, verdadeiro locus da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da Constituição Federal. Inexistência de ofensa formal à Constituição brasileira.*
>
> *2. Os precatórios devidos a titulares idosos ou que sejam portadores de doença grave devem submeter-se ao pagamento prioritário, até certo limite, posto metodologia que promove, com razoabilidade, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e a proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), situando-se dentro da margem de conformação do legislador constituinte para operacionalização da novel preferência subjetiva criada pela Emenda Constitucional nº 62/2009.*
>
> *3. A expressão "na data de expedição do precatório", contida no art. 100, §2º, da CF, com redação dada pela EC nº 62/09, enquanto baliza temporal para a aplicação da preferência no pagamento de idosos, ultraja a isonomia (CF, art. 5º, caput) entre os cidadãos credores da Fazenda Pública, na medida em que discrimina, sem qualquer fundamento, aqueles que venham a alcançar a idade de sessenta anos não na data da*

expedição do precatório, mas sim posteriormente, enquanto pendente este e ainda não ocorrido o pagamento.

4. A compensação dos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatórios, previsto nos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal, incluídos pela EC nº 62/09, embaraça a efetividade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), desrespeita a coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI), vulnera a Separação dos Poderes (CF, art. 2º) e ofende a isonomia entre o Poder Público e o particular (CF, art. 5º, caput), cânone essencial do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, caput).

5. O direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) resta violado nas hipóteses em que a atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios perfaz-se segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, na medida em que este referencial é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. É que a inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período)*.*

6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão "independentemente de sua natureza", contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário.

7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra.

8. O regime "especial" de pagamento de precatórios para Estados e Municípios criado pela EC nº 62/09, ao veicular nova moratória na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública e ao impor o contingenciamento de recursos para esse fim, viola a cláusula constitucional do Estado de Direito (CF, art. 1º, caput), o princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), o postulado da isonomia (CF, art. 5º), a garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), o direito adquirido e à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). 9. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente em parte (ADI 4357, Relator(a): Min. Ayres Britto, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 14/03/2013, Acórdão Eletrônico DJe-188 divulg 25-09-2014 Public 26-09-2014 – negritei).

Já os juros moratórios serão devidos a partir da data em que houve o trânsito em julgado da decisão que determinou a devolução, conforme disciplina a Súmula 188 do STJ: *"Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença."*

Quanto ao índice a ser aplicado, para que incida a Selic como taxa de juros de mora – tanto para a cobrança do tributo em atraso, como na ação de repetição de indébito – é preciso que haja previsão na legislação específica.

Em não havendo fixação pela legislação extravagante, aplica-se o índice de 1% ao mês, estabelecido no art. 161, § 1º, do CTN.

Nesse sentido foi criada recentemente a Súmula 523 do STJ:

> *A taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito de tributos estaduais deve corresponder à utilizada para cobrança do tributo pago em atraso, sendo legítima a incidência da taxa Selic, em ambas as hipóteses, quando prevista na legislação local, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.*

Portanto, a sentença deve ser mantida também neste ponto.

Honorários advocatícios.

No que se refere à distribuição dos ônus sucumbenciais, o Código de Processo Civil prevê:

> *Art. 86. Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas.*
>
> *Parágrafo único. Se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários.*

Como visto, os pedidos foram julgados parcialmente procedente, sendo o autor sucumbente apenas no que tange à restituição da cobrança do ITBI referente a indenização cobrada em relação ao imóvel de propriedade de Jorge Maluly Neto, por não ter comprovado o recolhimento do tributo.

Entende-se, assim, que houve sucumbência mínima e, por conseguinte, que o Município é quem deve arcar, na totalidade, com os ônus sucumbenciais.

A questão deve ser analisada sob a ótica da causalidade, conforme destaca José Miguel Garcia Medina:

> *II. Sucumbência versus causalidade. Em princípio, os honorários devem ser pagos pela parte vencida. Essa regra, no entanto, não é absoluta, pois nem sempre a parte sucumbente no processo é a que deu causa ao surgimento da lide. Este critério (princípio da causalidade) prepondera sobre aquele (princípio da sucumbência). Nesse sentido, decidiu-se que o princípio da sucumbência deve ser tomado 'apenas como um primeiro parâmetro para a distribuição das despesas do processo, sendo necessária a sua articulação com o princípio da causalidade.* (STJ, REsp 684.169/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª T., j. 24.03.2009).
>
> *Assim, 'no processo civil, para se aferir qual das partes litigantes arcará com o pagamento dos honorários advocatícios e das custas processuais, deve-se atentar não somente à sucumbência, mas também ao princípio da causalidade, segundo o qual a parte que deu causa à instauração do processo deve suportar as despesas dele decorrentes.* (STJ, REsp 1.160.483/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., j. 10.06.2014)".

Assim, não prospera a pretensão recursal do requerido em relação à condenação do autor no pagamento da verba sucumbencial.

Dispositivo

Diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto pelo Município de Cassilândia e, no mérito, nego provimento. Sentença revista em remessa necessária.

Majoro os honorários em favor do apelado para 15% da condenação, com base nos §§ 1º e 11 do art. 85 do CPC/2015.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

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

Relator, o Exmo. Sr. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte e Des. Dorival Renato Pavan.

Campo Grande, 22 de março de 2017.

***

Órgão Especial
Direta de Inconstitucionalidade nº 2000007-55.2017.8.12.0000
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE IVINHEMA – PREVISÃO DE APROVAÇÃO OU REJEIÇÃO DA CONTAS DO PREFEITO NOS TERMOS DA CONCLUSÃO DA CORTE DE CONTAS, NA HIPÓTESE DA CÂMARA DE VEREADORES LOCAL NÃO DELIBERAR SOBRE AS REFERIDAS CONTAS NO PRAZO DE 60 (SESSENTA) DIAS, A CONTAR DO RECEBIMENTO DO PARECER ADVINDO DO TRIBUNAL DE CONTAS – MEDIDA DENOMINADA DE JULGAMENTO FICTO – PREVISÃO DE JULGAMENTO DAS CONTAS DA CÂMARA DE VEREADORES POR ELA MESMA E TAMBÉM COM JULGAMENTO FICTO EM CASO DE INÉRCIA DA CASA LEGISLATIVA – PRESENTE A PLAUSIBILIDADE DO DIREITO MATERIAL INVOCADO, DO PERIGO DA MORA E ALTA CONVENIÊNCIA NA SUSPENSÃO DOS ATOS IMPUGNADOS – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

A plausibilidade do direito (*fumus boni iuris*), está no fato de que a Lei Orgânica do Município de Ivinhema veicula regras, em tese, incompatíveis com a sistemática da Constituição Estadual, na medida em que a alínea "b" do inciso VI, do artigo 35 e o § 2º, do artigo 53, instituem uma hipótese de julgamento ficto das contas do Poder Executivo, ao prever que, se a Câmara de Vereadores local não julgar as contas do Prefeito em até sessenta dias do recebimento do parecer da Corte de Contas, serão consideradas aprovadas ou rejeitadas, de acordo com conclusão do parecer daquela Corte.

Também se reputa de duvidosa constitucionalidade o julgamento pela Câmara de Vereadores de suas próprias contas. Diversamente do que ocorre em relação às contas do Poder Executivo, em que o Tribunal de Contas tem papel unicamente auxiliar, referida Corte, ao revés, tem competência julgadora em relação às demais autoridades públicas, de modo que as contas anuais prestadas pelas casas legislativas, incluindo a Câmara de Vereadores de Ivinhema, em princípio se submetem-se ao controle e ao julgamento do Tribunal de Contas.

O perigo de dano (*periculum in mora*) resulta no fato de que a permanência dos dispositivos impugnados poderá criar situação de instabilidade institucional e ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público, o que não se pode admitir. Ademais, o caso se amolda naquilo em que se convencionou denominar de alta conveniência na suspensão dos atos impugnados, pois o caso concreto parece romper com o modelo constitucional de julgamento das contas do Prefeito pela Câmara de Vereadores, caso haja inércia da Casa Legislativa em apreciá-las, bem assim o julgamento das contas da Câmara por ela mesma, em princípio inconstitucional e, aos "olhos da população", odioso e imoral.

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 conceder a medida cautelar, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 15 de março de 2017.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

O Ministério Público Estadual, por seu Procurador-Geral de Justiça, ajuíza a presente ação direta de inconstitucionalidade com pedido de liminar, tendo por objeto a retirada do ordenamento jurídico da alínea "b", do inciso VI, do art. 35 e parte do § 2º, do art. 53, ambos da Lei Orgânica do Município de Ivinhema-MS.

Em resumo, narra que por meio do Procedimento Administrativo n. 09.2016.00003091-2, instaurado em razão de provocação da Corte de Contas deste Estado, constatou-se que a Lei Orgânica do município de Ivinhema apresenta os apontados dispositivos que não guardam compatibilidade vertical com a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Aduz que os dispositivos impugnados apresentam vício de inconstitucionalidade material, haja vista que, ao estabelecer prazo de 60 (sessenta) dias para o julgamento das contas do Prefeito, acabou por criar, inadvertidamente, a figura do julgamento por decurso de prazo, na hipótese de inércia do Poder Legislativo Municipal em analisar as aludidas contas do Executivo Municipal naquele interregno; também está previsto, no texto legal, função estranha à competência da Câmara Municipal, qual seja, a possibilidade de julgar as próprias contas e, acaso não julgadas no prazo legal, também serão consideradas como julgadas nos termos das conclusões da Corte de Contas.

Nesse contexto, na visão do Procurador-Geral de Justiça, a Lei Orgânica do Município de Selvíria veicula duas regras incompatíveis com a sistemática adotada pela Constituição Estadual. A primeira, prevista na alínea "b", do inciso VI, do artigo 35, institui hipótese de julgamento ficto das contas do Poder Executivo ao prever que, se a Câmara de Vereadores local não julgar as contas do Prefeito Municipal em até sessenta dias contados do recebimento do parecer da Corte de Contas, serão consideradas julgadas nos termos do aludido parecer, *in verbis: "considerando-se julgadas nos termos das conclusões desse parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo"*.

Assevera que o texto constitucional deste Estado não permite tal modalidade de julgamento, porquanto estabelece que o controle externo das contas do Chefe do Poder Executivo é ato de competência exclusiva do Poder Legislativo local, a quem cumpre, efetivamente, analisar a matéria, aprovando o rejeitando as contas do Executivo Municipal de acordo com a decisão de seus membros, não se afigurando bastante, por conseguinte, apenas o parecer do Tribunal de Contas do Estado, em caso de inércia dos Vereadores. Prossegue dizendo que o julgamento das contas por decurso de prazo representaria, em tese, indevida delegação de competência constitucional exclusiva da Câmara Municipal ao Tribunal de Contas (que constitui, deveras, órgão de natureza auxiliar), resultando de todo inviável, a título de exemplo, impor sanção ao Prefeito Municipal com base em mero de decurso de prazo. Portanto, é a Câmara Municipal quem detém competência para julgar em definitivo as contas do Alcaide e, se não o faz no prazo legal, não significa que as julgou, porquanto a apreciação das contas pressupõe julgamento material, efetivo e real, sendo a Câmara o único órgão constitucionalmente autorizado a fazê-lo.

A segunda incompatibilidade, prevista § 2º, do art. 53 da Lei Orgânica de Ivinhema, institui regramento no sentido de ampliar a abrangência do controle externo exercido pela Câmara Municipal, permitindo o julgamento de suas próprias contas, contrariando, destarte, o modelo constitucional estadual, além de prever, também nesse caso, o inusitado julgamento por inércia, caso a Câmara não julgue suas contas no

prazo legal. Afirma que o Pretório Excelso, em diversas oportunidades, decidiu pela inconstitucionalidade de Lei que confere competência ao Legislativo para julgar suas próprias contas.

Por essas razões, invocando o *periculum in mora*, o *fumus boni iuris* e a alta conveniência na suspensão dos aludidos dispositivos, e com fulcro no § 1º, do art. 517, do RITJMS, requer a concessão de medida cautelar sem a audiência dos órgãos e autoridades das quais emanaram os atos impugnados, para o fim de suspender a eficácia da alínea "b*"*, do inciso VI, do art. 35 e o § 2º, do art. 53, ambos da Lei Orgânica do Município de Ivinhema-MS, notadamente das expressões "*e da Câmara Municipal" e "considerando-se julgadas nos termos das conclusões desse parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo",* contidas no enunciado normativo do § 2º do artigo 53.

Foi proferido despacho pelo relator originário, Des. Romero Osme Dias Lopes, instando o requerido a apresentar manifestação no prazo de 03 (três) dias, conforme art. 517, § 2º, do RITJMS.

O Município de Ivinhema se manifestou às f. 93-5, limitando-se a dizer que os atos impugnados não trazem o perigo da demora.

É o relatório. Em mesa independentemente de pauta (§1º, do art. 517, do RITMS.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Trata-se de ação direta inconstitucionalidade com pedido de liminar ajuizado pelo Ministério Público Estadual, por seu Procurador-Geral de Justiça, tendo por objeto a retirada do ordenamento jurídico da alínea "b", do inciso VI, do art. 35 e parte do § 2º, do art. 53, ambos da Lei Orgânica do Município de Ivinhema-MS.

Conforme relatado, narra que por meio do Procedimento Administrativo n. 09.2016.00003091-2, instaurado em razão de provocação da Corte de Contas deste Estado, constatou-se que a Lei Orgânica do município de Ivinhema apresenta os apontados dispositivos que não guardam compatibilidade vertical com a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Aduz que os dispositivos impugnados apresentam vício de inconstitucionalidade material, haja vista que, ao estabelecer prazo de 60 (sessenta) dias para o julgamento das contas do Prefeito, acabou por criar, inadvertidamente, a figura do julgamento por decurso de prazo, na hipótese de inércia do Poder Legislativo Municipal em analisar as aludidas contas do Executivo Municipal naquele interregno; também está previsto, no texto legal, função estranha à competência da Câmara Municipal, qual seja, a possibilidade de julgar as próprias contas e, acaso não julgadas no prazo legal, também serão consideradas como julgadas nos termos das conclusões da Corte de Contas.

Nesse contexto, na visão do Procurador-Geral de Justiça, a Lei Orgânica veicula duas regras incompatíveis com a sistemática adotada pela Constituição Estadual. A primeira, prevista na alínea "b", do inciso VI, do artigo 35, institui hipótese de julgamento ficto das contas do Poder Executivo ao prever que, se a Câmara de Vereadores local não julgar as contas do Prefeito Municipal em até sessenta dias contados do recebimento do parecer da Corte de Contas, serão consideradas julgadas nos termos do aludido parecer, *in verbis: "considerando-se julgadas nos termos das conclusões desse parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo"*.

Assevera que o texto constitucional deste Estado não permite tal modalidade de julgamento, porquanto estabelece que o controle externo das contas do Chefe do Poder Executivo é ato de competência exclusiva do Poder Legislativo local, a quem cumpre, efetivamente, analisar a matéria, aprovando o

rejeitando as contas do Executivo Municipal de acordo com a decisão de seus membros, não se afigurando bastante, por conseguinte, apenas o parecer do Tribunal de Contas do Estado, em caso de inércia dos Vereadores. Prossegue dizendo que o julgamento das contas por decurso de prazo representaria, em tese, indevida delegação de competência constitucional exclusiva da Câmara Municipal ao Tribunal de Contas (que constitui, deveras, órgão de natureza auxiliar), resultando de todo inviável, a título de exemplo, impor sanção ao Prefeito Municipal com base em mero de decurso de prazo. Portanto, é a Câmara Municipal quem detém competência para julgar em definitivo as contas do Alcaide e, se não o faz no prazo legal, não significa que as julgou, porquanto a apreciação das contas pressupõe julgamento material, efetivo e real, sendo a Câmara o único órgão constitucionalmente autorizado a fazê-lo.

A segunda incompatibilidade, prevista § 2º, do art. 53 da Lei Orgânica de Ivinhema, institui regramento no sentido de ampliar a abrangência do controle externo exercido pela Câmara Municipal, permitindo o julgamento de suas próprias contas, contrariando, destarte, o modelo constitucional estadual, além de prever, também nesse caso, o inusitado julgamento por inércia, caso a Câmara não julgue suas contas no prazo legal. Afirma que o pretório excelso, em diversas oportunidades, decidiu pela inconstitucionalidade de Lei que confere competência ao Legislativo para julgar suas próprias contas.

Por essas razões, invocando o *periculum in mora*, o *fumus boni iuris* e a alta conveniência na suspensão dos aludidos dispositivos, e com fulcro no § 1º, do art. 517, do RITJMS, requer a concessão de medida cautelar para o fim de suspender a eficácia da alínea "b", do inciso VI, do art. 35 e o § 2º, do art. 53, ambos da Lei Orgânica do Município de Ivinhema-MS, notadamente das expressões "*e da Câmara Municipal" e "considerando-se julgadas nos termos das conclusões desse parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo",* contidas no enunciado normativo do § 2º do artigo 53.

O Município de Ivinhema se manifestou às f. 93-5, limitando-se a dizer que os atos impugnados não trazem o perigo da demora.

Antes de ponderar sobre a casuística, reputo pertinente colacionar os dispositivos da Lei Orgânica do Município de Ivinhema-MS, impugnados por meio desta ação direta, bem assim os dispositivos pertinentes da Constituição Estadual de Mato Grosso do Sul, para o devido confronto.

> *1) Lei Orgânica do Município de Ivinhema*
>
> *Art. 35. Compete privativamente à Câmara Municipal exercer as seguintes atribuições, dentre outras:*
>
> *(...)*
>
> *VIII - tomar e julgar as contas do Prefeito, deliberando sobre o parecer do Tribunal de Contas do Estado no prazo máximo de 60 de seu recebimento, observado os seguintes preceitos:*
>
> *a) (...);*
>
> *b) decorrido o prazo de sessenta dias, sem deliberação pela Câmara, as contas serão consideradas aprovadas ou rejeitadas, de acordo com conclusão do parecer do Tribunal de Contas. Destaquei.*
>
> *Art. 53. A fiscalização contábil, financeira e orçamentária do Município será exercida pela Câmara Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Executivo, instituídos em Lei.*
>
> *§ 1º (...)*
>
> *§ 2º As Contas do Prefeito e da Câmara Municipal, prestadas anualmente, serão julgadas pela Câmara dentro de 60 dias após o recebimento do parecer prévio do Tribunal*

de Contas ou Órgão Estadual a que for atribuído essa incumbência, considerando-se julgadas nos termos das conclusões desse parecer, se não houver deliberação dentro desse prazo. (destaquei).

2) Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul

e através do controle interno do Executivo Municipal, nos termos da lei.

Art. 24. A fiscalização financeira e orçamentária dos Municípios será exercida através do controle externo da Câmara Municipal

§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, que emitirá parecer prévio sobre todas as contas prestadas pelo Prefeito, dentro dos noventa dias seguintes ao encerramento do exercício financeiro.

§ 2º Somente por deliberação de dois terços da Câmara deixará de prevalecer o parecer prévio emitido pelo Tribunal de Contas.

(...)

Art. 77. O controle externo a cargo da Assembléia Legislativa será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Governador do Estado, através de parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar do seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta ou indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público estadual, e as contas daqueles que derem causa a perda, a extravio ou a outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

É cediço que a concessão de medida cautelar em ação direta requer a presença simultânea da plausibilidade do direito material invocado (*fumus boni iuris)*, e o perigo da demora (*periculum in mora),* bem como, nos termos da jurisprudência do STF, a conveniência da medida, que envolve a ponderação entre o proveito e o ônus da suspensão provisória.

No caso em comento, em juízo prévio de cognição primária, tenho que a plausibilidade do direito está no fato de que a Lei Orgânica do Município de Ivinhema veicula regras, em tese, incompatíveis com a sistemática da Constituição Estadual, na medida em que a alínea *"b"* do inciso VI, do artigo 35 e o § 2º, do artigo 53, instituem uma hipótese de julgamento *ficto* das contas do Poder Executivo, ao prever que, se a Câmara de Vereadores local não julgar as contas do Prefeito em até sessenta dias do recebimento do parecer da Corte de Contas, serão consideradas aprovadas ou rejeitadas, de acordo com conclusão do parecer do Tribunal de Contas.

Em princípio a sistemática da Constituição Federal, e no mesmo sentido a Constituição Estadual, não permite tal modalidade de julgamento, porquanto estabelece que o controle externo das contas do Chefe do Executivo é ato de competência exclusiva do Poder Legislativo, a quem cumpre efetivamente analisar a matéria diante de seu mister constitucional, aprovando o rejeitando as contas de acordo com a decisão de seus membros, sendo, destarte, de duvidosa constitucionalidade a consolidação de uma possível reprovação ou aprovação das contas de acordo com o parecer da Corte de Contas (órgão auxiliar), em caso de inércia da Câmara de Vereadores em apreciá-las no prazo de 60 (sessenta) dias contados do recebimento do parecer oriundo do Tribunal de Contas.

Apenas para ilustrar, trago precedente do STF:

Ao analisar o RE 729.744/MG, apreciado conjuntamente com o RE 848.826/DF (...), a Corte, por decisão majoritária, negou provimento ao recurso extraordinário. No caso, a controvérsia diz respeito à competência exclusiva da câmara municipal para o julgamento das contas de prefeito, sendo o parecer prévio do tribunal de contas meramente opinativo. O Plenário manteve o deferimento do pedido de registro de candidato ao cargo de prefeito que tivera suas contas rejeitadas pelo tribunal de contas estadual. Frisou que, no tocante às contas do chefe do Poder Executivo, a Constituição conferiria ao Poder Legislativo, além do desempenho de funções institucionais legiferantes, a função de controle e fiscalização de contas, em razão de sua condição de órgão de Poder, a qual se desenvolveria por meio de processo político-administrativo, cuja instrução se iniciaria na apreciação técnica do tribunal de contas. No âmbito municipal, o controle externo das contas do prefeito também constituiria uma das prerrogativas institucionais da câmara dos vereadores, exercida com o auxílio dos tribunais de contas do estado ou do município, nos termos do art. 31 da CF. Ressaltou que a expressão "só deixará de prevalecer", constante do § 2º do citado artigo, deveria ser interpretada de forma sistêmica, de modo a se referir à necessidade de quórum qualificado para a rejeição do parecer emitido pela corte de contas. O Tribunal avaliou que, se caberia exclusivamente ao Poder Legislativo o julgamento das contas anuais do chefe do Executivo, com mais razão não se poderia conferir natureza jurídica de decisão, com efeitos imediatos, ao parecer emitido pelo tribunal de contas que opinasse pela desaprovação das contas de prefeito até manifestação expressa da câmara municipal. O entendimento de que o parecer conclusivo do tribunal de contas produziria efeitos imediatos, que se tornariam permanentes no caso do silêncio da casa legislativa, ofenderia a regra do art. 71, I, da CF. Essa previsão dispõe que, na análise das contas do Chefe do Poder Executivo, os tribunais de contas emitiriam parecer prévio, consubstanciado em pronunciamento técnico, sem conteúdo deliberativo, com o fim de subsidiar as atribuições fiscalizadoras do Poder Legislativo, que não estaria obrigado a se vincular à manifestação opinativa daquele órgão auxiliar. O ordenamento jurídico pátrio não admitiria o julgamento ficto de contas, por decurso de prazo, sob pena de permitir-se à câmara municipal delegar ao tribunal de contas, ***órgão auxiliar, competência constitucional que lhe seria própria, além de criar-se sanção ao decurso de prazo, inexistente na Constituição****. Do mesmo modo, não se conformariam com o texto constitucional previsões normativas que considerassem recomendadas as contas do município nos casos em que o parecer técnico não fosse emitido no prazo legal e permitissem às câmaras municipais o seu julgamento independentemente do parecer do tribunal de contas. Ademais, seria importante sublinhar que, na apreciação das contas anuais do prefeito, não haveria julgamento dele próprio, mas deliberação sobre a exatidão da execução orçamentária do município. A rejeição das contas teria o condão de gerar, como consequência, a caracterização da inelegibilidade do prefeito, nos termos do art. 1º, I, "g", da Lei Complementar 64/1990. Não se poderia admitir, dentro desse sistema, que o parecer opinativo do tribunal de contas tivesse o condão de gerar tais consequências ao chefe de Poder local. Ressaltou, entretanto, que, no caso de a câmara municipal aprovar as contas do prefeito, o que se afastaria seria apenas a sua inelegibilidade. Os fatos apurados no processo político-administrativo poderiam dar ensejo à sua responsabilização civil, criminal ou administrativa.* (RE 729.744-MG, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 10-8-2016, Informativo 834, com repercussão geral).'

De outros Tribunais:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Art. 24, XV, "b", da Lei Orgânica do Município de Coronel Macedo. Previsão de aprovação ou rejeição das contas do Prefeito Municipal de acordo com a conclusão do parecer técnico prévio do Tribunal de Contas do Estado, na hipótese de a Câmara de Vereadores local não deliberar sobre elas no prazo de 90 dias, a contar do recebimento de referido parecer técnico prévio. Poder Legislativo que detém a competência exclusiva de tomar e julgar as contas

> *prestadas anualmente pelo Chefe do respectivo Poder Executivo. Dispositivo legal que permite espécie de "julgamento ficto" das contas anuais do Prefeito do Município, o que representa indevida delegação de atribuições. Afronta aos arts. 5º, § 1º, 20, VI, 32, 33, I, 144 e 150, todos da Constituição do Estado de São Paulo, bem como ao art. 31, § 1º e § 2º, da Constituição Federal. Inconstitucionalidade do dispositivo normativo reconhecida. Ação procedente.* (TJSP, ADI nº 2057098-50.2016.8.26.0000, Relator: Tristão Ribeiro, Data de Julgamento: 19/1/2016, Órgão Especial. J. 20.10.2016).
>
> *Ação direta de inconstitucionalidade n. 12643/3, letra "b", inc. VII, do art. 39 - 2º do art. 135, arts. 136 e 137 da Lei Orgânica do Município de Medeiros. Aprovação ou rejeição das contas por decurso de prazo Impossibilidade .Ofensa aos arts. 62, XX, 165, § 1º e 180 da Carta Mineira. O Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas exerce a fiscalização orçamentária do Município. Porém, sua atuação limita-se aos contornos fixados pela própria Constituição e, entre estes, não está a possibilidade de aprovação ou rejeição de contas por decurso de prazo. Assim, são inconstitucionais as expressões encontradas na letra "b", inciso VII, do ar. 39: no § 2º do art. 57: no § 1º do art. 135 e nos arts. 136 e 137, todos da Lei Orgânica do Município de Medeiros, porque ofendem o disposto nos arts, 62, inciso XX, 165, § 1º, e 180, da Carta Mineira, naquilo que diz respeito à aprovação e à rejeição fictas das referidas contas, sendo defeso ao legislador municipal dispor sobre regras diferentes paro o processo legislativo orçamentário das traçadas pela Constituição Federal.* (TJMG Adin nº 12643/3 , in rev. Jurisprudência Mineira n. 126/127, p. 2,).

Também se reputa de duvidosa constitucionalidade o julgamento pela Câmara de Vereadores de suas próprias contas. Ora, diversamente do que ocorre em relação às contas do Poder Executivo, em que o Tribunal de Contas tem papel unicamente auxiliar, referida Corte, ao revés, tem competência julgadora em relação às demais autoridades, de modo que as contas anuais prestadas pelas casas legislativas, incluindo a Câmara de Vereadores de Ivinhema, em princípio se submetem-se ao controle e ao julgamento do Tribunal de Contas.

Desse modo, como bem pontuado na inicial desta ação direta, a Lei Orgânica do Município de Ivinhema, à revelia do comando constitucional, em tese ampliou de modo indevido a abrangência do controle externo exercido pela Câmara Municipal, permitindo o julgamento de suas próprias contas, contrariando, assim, o modelo Constitucional, além de haver reforçado dispositivo anterior que instituiu inusitado "julgamento por omissão ou por inércia".

Confira-se, a propósito, a jurisprudência do Pretório Excelso, *in verbis:*

> *Ação direta de inconstitucionalidade. Constituição do Estado do Espírito Santo. Alteração da redação de parte dos dispositivos impugnados, eliminando-se as expressões objeto do pedido. Parcial prejudicialidade da ação. Previsão de julgamento das contas anuais do presidente da câmara municipal pela respectiva casa legislativa. Ofensa ao modelo constitucional. Agressão aos arts. 31, § 2º; 71, I e II; e 75 da Lei Fundamental. Conhecimento parcial da ação, a qual, nessa parte, é julgada procedente. 1. Prejudicialidade parcial da ação, em virtude de alteração substancial da redação dos incisos I e II do art. 71 da Constituição do Estado do Espírito Santo, a qual resultou na eliminação das expressões impugnadas. 2. A Constituição Federal foi assente em definir o papel específico do legislativo municipal para julgar, após parecer prévio do tribunal de contas, as contas anuais elaboradas pelo chefe do poder executivo local, sem abrir margem para a ampliação para outros agentes ou órgãos públicos. O art. 29, § 2º, da Constituição do Estado do Espírito Santo, ao alargar a competência de controle externo exercida pelas câmaras municipais para alcançar, além do prefeito, o presidente da câmara municipal, alterou o modelo previsto na Constituição Federal. 3. Ação direta de inconstitucionalidade*

> *de que se conhece parcialmente e que se julga, na parte de que se conhece, procedente.* (ADI 1964, Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/2014, Acórdão Eletrônico DJe-197 Divulg 08-10-2014 Public 09-10-2014).

Por esses fundamentos iniciais, de cognição primária, tenho que a medida cautelar deve ser deferida.

A plausibilidade do direito material restou suficientemente demonstrada. O perigo de dano resulta no fato de que a permanência dos dispositivos impugnados poderá criar situação de instabilidade institucional e ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público, o que não se pode admitir. Ademais, o caso de amolda naquilo em que se convencionou denominar de alta conveniência na suspensão dos atos impugnados, pois o caso concreto parece romper com o modelo constitucional de julgamento das contas do Prefeito pela Câmara de Vereadores, caso haja inércia da Casa Legislativa em apreciá-las, bem assim o julgamento das contas da Câmara por ela mesma, em princípio inconstitucional e, aos "olhos da população local", odioso e imoral.

Posto isso, concedo a medida liminar nos termos da inicial, para o fim de suspender a eficácia da alínea "b", do inciso VI, do art. 35 e o § 2º, do art. 53, ambos da Lei Orgânica do Município de Ivinhema-MS.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade concederam a medida cautelar, nos termos do voto do relator. Ausente, justificadamente, o Des. Divoncir Schreiner Maran.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 15 de março de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0810237-62.2014.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – APELAÇÃO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – GOLPE DA RECARGA DE CELULAR – OPERADORA DE TELEFONIA QUE SE NEGA A BLOQUEAR O SALDO DAS RECARGAS E A DEVOLVER OS VALORES – RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA – FACILITAÇÃO DA PRÁTICA DO ATO CRIMINOSO – DANO MATERIAL INDENIZÁVEL – DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.

Controvérsia centrada na discussão sobre a responsabilidade civil da empresa de telefonia pelos prejuízos suportados pelo consumidor em razão de golpe praticado por criminoso.

Os elementos essenciais para a configuração da responsabilidade civil são: ação ou omissão; culpa ou dolo do agente; relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima. Na espécie, foi indevida a negativa da empresa de telefonia em bloquear e estornar o valor das recargas de celular, fato que acabou por facilitar a prática do ato criminoso, portanto a operadora de celular foi diretamente responsável pelo prejuízo financeiro suportado pelo consumidor.

A doutrina do dano moral *in re ipsa*, ou seja, aquele que se presume existir a partir da tão só verificação do ato ilícito, não é uma regra aplicável a toda e qualquer situação de ilicitude, ou, mais precisamente, nas relações de consumo, de má prestação de um serviço. A verificação do dano moral não reside exatamente na simples ocorrência do ilícito, de sorte que nem todo ato desconforme com o ordenamento jurídico enseja indenização por dano moral, sendo necessário, ao revés, que o ato ilícito seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de maneira relevante

Apelação conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2017.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de apelação interposta por Valtercides Assis Avanci contra sentença proferida pelo Juiz da 10ª Vara Cível da Comarca de Campo Grande-MS.

Ação de indenização por danos materiais e morais proposta pelo apelante contra Americel - Claro S/A na qual aduz, em suma, que foi vítima de um estelionatário que aplicou o "golpe da recarga de celular".

Informa que das cinquenta e seis (56) recargas que fez para o celular do golpista, quarenta e cinco (45) foram feitas para terminais celulares operados pela ré-apelada. Alega que, ao ser informado do golpe, entrou em contato com a ré com o objetivo de estornar os valores creditados e, assim, recuperar o montante dos créditos colocados nos celulares dos criminosos, no total de R$ 4.500,00, o que foi negado. Pleiteia a responsabilização civil da ré, em razão do fornecimento de serviço inadequado e inseguro.

Requereu, assim, a condenação da empresa de telefonia ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R$ 4.500,00 e danos morais, no importe de R$ 20.000,00 (f. 1-18).

Sentença: julgou improcedente os pedidos iniciais e condenou o autor-recorrente ao pagamento das custas e dos honorários, fixados em R$ 1.500,00 (f. 88-93).

Apelação: interposta por Valtercides Assis Avanci, sustentando que: solicitou o estorno dos valores pagos pelos créditos de celular, portanto a ré deveria ter bloqueado o serviço de telefonia e devolvido os valores dos saldos dos terminais telefônicos; o não bloqueio dos valores facilitou a prática do ato criminoso, em violação ao artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990); o consumidor faz jus ao exercício do Direito de Arrependimento, portanto a operadora de telefonia tem o dever de restituir o montante gasto, e os danos morais estão configurados, ante o sentimento de humilhação que sofreu ao gastar todas a suas economias (f. 96-112).

Contrarrazões: em síntese, refuta os argumentos do recorrente (f. 115-119).

VOTO

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

Discute-se no presente recurso a responsabilidade civil da empresa de telefonia pelos prejuízos suportados pelo consumidor em razão de golpe praticado por criminoso.

Direito Intertemporal – Lei Processual Aplicável

Registro que a sentença recorrida foi disponibilizada nos autos em 19/02/2015 (f. 94), tendo a respectiva intimação ocorrido em 23/02/2015 (f. 95), enquanto que o presente recurso foi interposto em 02/03/2015.

Como se vê, todos estes atos foram praticados na vigência do Código de Processo Civil/1973, razão pela qual são por este regidos.

Isso porque, em que pese a nova lei processual tenha aplicação imediata aos processos pendentes (art. 1.046, CPC/15), é certo que esta não alcança os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada (art. 14, CPC/15).

Nesse sentido, a lei vigente à época da prolação/liberação da decisão recorrida – qual seja, o Código de Processo Civil/1973 – é a que rege o cabimento e a admissibilidade do presente recurso (STF, RE 78.057, Rel. Min. Luiz Gallotti, 1ª Turma, DJ 29/03/1974; RE 34.067 EI, Rel. Min. Luiz Gallotti, Tribunal Pleno, DJ 23/07/1959; STJ, EREsp 649.526/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, DJ 13/02/2006; AgRg nos EREsp 617.427/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Corte Especial, DJ 11/12/2006;

REsp 1.132.774/ES, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 10/03/2010; REsp 574.255/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 29/11/2004; REsp 480.547/MS, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ 30/06/2003).

Entretanto, cabe ressaltar que, relativamente ao procedimento/julgamento do recurso, aplicar-se-ão, desde logo, as regras próprias previstas no Código de Processo Civil/2015 (STJ, REsp 622.580/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 07/06/2004; REsp 226.878/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, DJ 30/09/2002; EREsp 197.847/PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Rel. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, 2ª Seção, DJ 12/08/2002; REsp 115.183/GO, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. p/ Acórdão Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, DJ 08/03/1999). Também nesse sentido, vide os Enunciados de números 308, 356 e 564 FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Nos termos do art. 508, do Código de Processo Civil/1973, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo de quinze (15) dias, contados da intimação pelo DJe (art. 282, CPC/73), na forma do art. 184.

Danos Materiais

O autor-apelante propôs ação de indenização por danos materiais e morais contra Americel - Claro S/A, sob a alegação de que foi vítima de um estelionatário que aplicou o "golpe da recarga de celular". Pleiteia a responsabilização civil da ré, em razão do fornecimento de serviço inadequado e inseguro.

Primeiramente, de se ressaltar que a relação jurídica travada entre as partes é regulada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor.

Sobre a responsabilidade civil preleciona Carlos Roberto Gonçalves:

> *O art. 186 do Código Civil consagra uma regra universalmente aceita: a de que todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a repará-lo. Estabelece o aludido dispositivo legal, informativo da responsabilidade aquiliana... quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade, e o dano experimentado pela vítima.* (Responsabilidade Civil - 16 ed. - São Paulo: Saraiva, 2015, f. 66)

Nesse contexto, para que fique configurado o dever de reparar, mister o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil, quais sejam: ação ou omissão (ato ilícito); dano experimentado pelo ofendido; nexo causal entre o ato ilícito e o dano, e culpa ou dolo do ofensor.

Na espécie, o autor-recorrente comprova que no dia 08/03/2014 efetuou várias recargas de celular realizadas para terminais telefônicos operados pela ré-apelada, que totalizaram o importe de R$ 4.500,00 (f. 38-47).

O apelante efetuou as recargas a pedido de uma pessoa (não identificada), por acreditar que estava celebrando um contrato de prestação de serviço de transporte. No entanto, o contrato não se concretizou e o recorrente juntou cópia de Boletim de Ocorrência pelo qual indica que "caiu em um golpe" e que as recargas foram efetuadas para celulares, provavelmente, operados por criminosos (f. 48-49).

O "golpe da recarga de celular" é uma prática criminosa que, infelizmente, tem se tornado muito comum no Brasil. Os criminosos ligam aleatoriamente para pessoas de boa-fé e as induzem, por meio de vários artifícios, a realizar recargas para celulares pré-pagos. Na maioria das vezes os celulares são utilizados por criminosos que já estão presos e que utilizam indevidamente as linhas telefônicas de dentro dos presídios para praticarem novos crimes.

É lamentável o evento danoso que o recorrente suportou e que, certamente, lhe acarretou demasiado prejuízo financeiro.

Contudo, a operadora de celular não pode ser responsabilizada, especificamente com relação ao crime praticado por terceiros, visto que não praticou nenhum ato ilícito. A operadora de telefonia apenas vendeu as recargas de celular, conforme solicitado pelo consumidor.

Logo, o ato/conduta de venda das recargas de celular não tem nexo de causalidade com os prejuízos suportados pelo apelante, o que afasta o dever de indenizar.

Por outro lado, o autor-apelante imputa à ré-recorrida a prática de outro ato ilícito, consistente na negativa de bloqueio e estorno dos valores pagos pelos créditos de celular, o que possibilitaria a devolução, ao menos em parte, dos valores dos saldos dos terminais telefônicos abastecidos.

De fato, no caso em apreço, o autor-apelante conta com dupla proteção previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor, quais sejam, o direito de arrependimento e a responsabilidade civil pelo defeito na prestação de serviço.

O *Códex* Consumerista possibilita o direito de arrependimento ao contrato, desde que a contratação do produto/serviço tenha ocorrido fora do estabelecimento comercial da empresa, veja-se:

> *Artigo 49 - O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.*
>
> *Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.*

A norma visa dar mais proteção ao consumidor que adquire o produto ou serviço fora do estabelecimento comercial, pois ele fica mais vulnerável na relação instituída com o fornecedor, por não ter os devidos esclarecimentos sobre o produto adquirido.

Essa é exatamente a hipótese dos autos, visto que o autor-recorrente adquiriu as recargas de celular que pretendia ter bloqueadas e estornadas por meio de Drogaria conveniada à ré-recorrida (Raia Drogasil S/A) e que vende as recargas de celular por meio de terminais de cartão (f. 28-36). Ou seja, é um produto vendido por terceiro e fora do estabelecimento comercial da empresa de telefonia.

Portanto, o autor-apelante podia fazer uso do direito de arrependimento em relação às recargas de celular, independentemente de ter caído ou não em um golpe.

Logo, foi indevida a negativa da ré em estornar os valores das recargas.

Além disso, no caso dos autos, também se vislumbra defeito na prestação de serviço. Isto porque, se o consumidor entra em contato com a empresa de telefonia, informa que foi vítima de um golpe e solicita o bloqueio/estorno dos valores creditados, é dever da operadora de celular providenciar o imediato bloqueio, a fim de coibir a prática do crime, ainda mais quando a repressão ao ato criminoso pode ser feita pelo simples bloqueio dos saldos das recargas de celular.

A responsabilidade civil decorrente do defeito na prestação de serviço ao consumidor é de ordem objetiva, respondendo a empresa de telefonia pelos danos causados ao consumidor, independentemente da existência de culpa, forte no art. 14, da Lei n° 8.078, de 11/09/90**,** *in verbis:*

> *Art. 14. 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.*
>
> *§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes entre as quais:*
>
> *I – o modo de seu fornecimento;*
>
> *II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;*
>
> *III – a época em que foi fornecido.*

Na espécie, o consumidor afirma que, tão logo percebeu que sofreu um golpe, ligou várias vezes para a central de atendimento da empresa de telefonia solicitando o bloqueio dos valores relativos às recargas de celular e a devolução do montante, o que teria sido negado pela ré-apelada.

Inclusive, o apelante junta o número de protocolo das ligações que foram realizadas no mesmo dia das recargas de celular (f. 7).

A ré-recorrida não nega que o consumidor tenha solicitado o estorno, mas afirma que a devolução não é devida e que os créditos das recargas já foram integralmente utilizados (f. 54-65).

No entanto, a empresa não junta qualquer informação sobre a solicitação de estorno e se no momento em que o requerimento foi feito, ainda havia algum saldo das recargas de celular.

Se a empresa de telefonia tivesse agido com diligência e efetuado o bloqueio a tempo, o consumidor poderia ser restituído dos valores referentes aos saldos de recarga que ainda não haviam sido utilizados.

A negativa da empresa em bloquear e estornar o valor das recargas de celular é indevida e acabou por facilitar a prática do ato criminoso. Ou seja, passou a ser diretamente responsável pelo prejuízo suportado pelo ofendido.

Neste passo, está configurado o aludido defeito do serviço prestado pela ré, uma vez que poderia ter evitado, ao menos em parte, o prejuízo financeiro suportado pelo autor-recorrente, mas preferiu não efetuar o bloqueio dos créditos.

Logo, tenho que a ré-apelada agiu com negligência e é responsável pela adversidade suportada pelo autor-recorrente.

No que tange ao valor a ser reparado, como dito, o consumidor comprova que efetuou várias recargas que totalizaram R$ 4.500,00 (f. 38-47).

Por outro lado, a ré não informou quanto desse montante já havia sido utilizado pelos criminosos no momento em que o consumidor ligou para a Central de Atendimento solicitando o estorno, ônus este que lhe incumbia.

Assim, o consumidor deve ser restituído integralmente do valor das recargas de celular que efetuou e com relação às quais solicitou o estorno.

Desse modo, reformo o capítulo da sentença que tratou sobre a indenização por danos materiais, para que o pedido seja julgado procedente, a fim de condenar a empresa de telefonia ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R$ 4.500,00.

Danos Morais

O autor-apelante alega que os danos morais estão configurados, ante o sentimento de humilhação que sofreu ao gastar todas a suas economias com as recargas de celular.

Conforme mencionado por ocasião do julgamento do tópico anterior, a conduta ilícita praticada pela empresa de telefonia consiste, tão somente, na negativa de bloqueio e estorno dos valores pagos pelos referidos créditos de celular.

Com efeito, 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 doutrina do dano moral *in re ipsa*, ou seja, aquele que se presume existir a partir da tão só verificação do ato ilícito, não é uma regra aplicável a toda e qualquer situação de ilicitude, ou, mais precisamente, nas relações de consumo, de má prestação de um serviço.

Nesse sentido, a verificação do dano moral não reside exatamente na simples ocorrência do ilícito, de sorte que nem todo ato desconforme com o ordenamento jurídico enseja indenização por dano moral, sendo necessário, ao revés, que o ato ilícito seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de maneira relevante (AgRg no REsp 1.269.246/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 27/05/2014).

Assim, a cada caso, deve se verificar se a ilicitude encerra potencial lesivo suficiente para afetar direitos inerentes à personalidade humana, ou se, do contrário, esta encerra lesividade apenas em si mesma, de modo a ensejar, se o caso, mera reparação de natureza material.

Sendo constatada a segunda hipótese, ou seja, se da ilicitude não resultar consequências mais graves, pois inerente à vida em sociedade, será ela insuficiente à caracterização do abalo anímico, o qual, repito, depende da constatação, por meio de exame objetivo e prudente de cada hipótese fática, da real lesão à personalidade daquele que se diz ofendido.

Em síntese, é dizer que não há se falar em dano moral quando a situação experimentada não tem o condão de expor a parte à dor, vexame, sofrimento ou a constrangimento perante terceiros, limitando-se, portanto, a mero dissabor ou aborrencimento (AgRg no AREsp 799.330/SP, Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, DJe 22/02/2016; REsp 1.329.189/RN, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 21/11/2012).

No caso dos autos, entendo não ter ocorrido dano moral pela simples negativa de estorno dos valores das recargas de celular.

O dano sofrido, em princípio, tem natureza puramente material, ou seja, de ordem exclusivamente patrimonial.

Embora tal transtorno seja reconhecidamente desagradável, não acarreta, necessariamente, dano extrapatrimonial, visto que, na espécie, não restou demonstrada a ocorrência de importunação demasiadamente lesiva.

Assim, deve ser mantido o capítulo da sentença que julgou improcedente o pedido de indenização por danos morais.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Valtercides Assis Avanci e dou-lhe parcial provimento para reformar, em parte, a sentença recorrida e condenar a ré-apelada Americel - Claro S/A ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor de R$ 4.500,00.

Em consequência, em razão da sucumbência recíproca, condeno cada uma das partes ao pagamento de cinquenta por cento (50%) do valor das custas processuais e dos honorários de sucumbência, que arbitro em vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação.

Ressalto que fica suspensa a exigibilidade da cobrança em relação ao autor-recorrente por ser beneficiário da gratuidade da justiça.

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. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Alexandre Bastos e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 22 de fevereiro de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1413333-05.2015.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – IMPLEMENTAÇÃO DO PROGRAMA DE ASSISTÊNCIA VENTILATÓRIA NÃO INVASIVA – DIREITO À SAÚDE – PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA DE URGÊNCIA (ART. 273, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2073) – DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA – MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – MANUTENÇÃO DO VALOR FIXADO – PREQUESTIONAMENTO .

Hipótese em que se discute: a existência ou não dos requisitos autorizadores da tutela provisória de urgência; a possibilidade de inversão dos ônus da prova; e a exclusão ou redução da multa diária.

Evidenciada a probabilidade do direito e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, deve ser concedida a tutela antecipada de urgência no sentido de se determinar ao Estado que implante nos Municípios que não sejam gestão plena o Programa de Assistência Ventilatória Não Invasiva destinado aos portadores de doenças neuromusculares (artigos 3º e 7º da Portaria SAS nº 370, de 04/07/2008).

"A teoria de distribuição dinâmica do encargo probatório propicia a flexibilização do sistema, e permite ao juiz que, diante da insuficiência da regra geral prevista no art. 333 do CPC, possa modificar o ônus da prova, atribuindo-o à parte que tenha melhor condições de produzi-la. Logo, não há que se falar em contrariedade aos arts. 283, 333, I, e 396 do CPC." (AgRg no AREsp 216.315/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 06/11/2012).

É cabível a cominação de multa contra a Fazenda Pública por descumprimento de obrigação de fazer, sendo certo que as *astreintes* têm por finalidade constranger o devedor a cumprir o estipulado na decisão judicial, motivo pelo qual não poderá ter valor irrisório, devendo ser fixada em quantia suficiente para atingir tal finalidade.

Havendo integral apreciação, pelo julgador, das matérias debatidas, torna-se desnecessária a manifestação expressa acerca dos dispositivos legais utilizados pelas partes no embasamento de suas pretensões.

Agravo de instrumento conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 5 de abril de 2017.

Des. Paulo Alberto de Oliveira – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul contra decisão interlocutória proferida pelo Juiz da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande-MS.

Ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra o Município de Campo Grande e o Estado de Mato Grosso do Sul, objetivando a determinação para que os requeridos providenciem a implantação em Campo Grande e nos Municípios do Estado, que não sejam gestão plena do sistema municipal, o Programa de Assistência Ventilatória Não Invasiva destinado aos portadores de doenças neuromusculares, em conformidade com os mandamentos legais e regulamentares, notadamente os previstos nos artigos 3º e 7º, da Portaria SAS nº 370, de 04/julho/2008 (ou outro regramento que a substitua).

Requereu: a concessão de tutela para determinar a implementação da mencionada política pública, tanto em Campo Grande, quanto nos Municípios do Estado que não sejam gestão plena do sistema municipal, no prazo de (cento e oitenta) 180 dias, sob pena de multa fixada em R$ 20.000,00 por dia de descumprimento, cujo montante deverá ser recolhido para o Fundo Estadual de Direitos Difusos, ou, a critério do Juízo, para o Fundo Estadual de Saúde de Mato Grosso do Sul, inclusive obrigando-se a cadastrar os pacientes portadores de doenças neuromusculares; identificar os enfermos em que o uso de ventilação nasal intermitente de pressão positiva esteja indicado; identificar e cadastrar serviços de saúde aptos a realizar a manutenção e acompanhamento domiciliar destes pacientes; viabilizar a manutenção e acompanhamento domiciliar desses doentes; estabelecer fluxos e mecanismos de referência e contrarreferência; zelar pela adequada utilização das indicações clínicas para a utilização de ventilação não invasiva em pacientes portadores de doenças neuromusculares; efetuar o acompanhamento, controle e auditoria que permitam garantir o adequado desenvolvimento das atividades previstas no programa; prestar os procedimentos, prestações e serviços correspondentes ao aludido programa, especialmente na avaliação e acompanhamento domiciliar dos pacientes com doença neuromuscular, consistindo na assistência domiciliar realizada pelo enfermeiro e/ou fisioterapeuta para orientação a esses pacientes com doença neuromuscular submetidos à ventilação nasal intermitente de pressão positiva, quanto ao correto uso do ventilador bilevel, além de avaliação mensal desses pacientes pelo médico do serviço especificamente cadastrado para prestar essa assistência, notadamente um pneumologista, e na disponibilização e manutenção domiciliar do ventilador volumétrico tipo bilevel, apto a realizar a ventilação nasal intermitente de pressão positiva indicada para esse tipo de enfermidade, com inclusão de fornecimento de material de consumo mensal (oxigênio) e a substituição semestral de máscara de gel com touca (f. 27-106).

Decisão interlocutória/agravada: deferiu a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional conforme requerido na inicial, sob pena de multa diária de R$ 10.000,00, a ser paga solidariamente pelos requeridos em favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 13, da Lei nº 7.347, de 24/07/85), em caso de descumprimento, iniciando-se no dia seguinte ao final dos prazos ali concedidos, limitada, inicialmente, em cento e oitenta (180) dias, sem prejuízo de posterior modificação do valor ou da periodicidade da multa, caso se verifique que se tornou insuficiente ou excessiva (art. 461, § 6º, do Código de Processo Civil/73).

Ainda, indeferiu o requerido no item "c", da exordial, pois a demanda fora intentada contra o Estado de Mato Grosso do Sul e contra o Município de Campo Grande, sendo que toda e qualquer responsabilização advinda do descumprimento de decisão judicial deve ser atribuída a tais entes, não havendo como responsabilizar pessoalmente os gestores (Secretários Municipal e Estadual de Saúde), até porque estes são escolhidos mediante livre nomeação e podem ser exonerados *ad nutum*, o que poderia até inviabilizar eventuais responsabilidades.

Por fim, inverteu os ônus da prova em razão da verossimilhança das alegações do requerente-recorrido, considerando que os requeridos possuem melhores condições de demonstrarem se ocorrerá ou não prejuízos à saúde pública e à dignidade dos pacientes necessitados (f. 162-180).

Agravo de Instrumento: interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul, sustentando que: não se apresenta a urgência na concessão da tutela antecipada, a qual visa, em prazo exíguo, a adoção de uma série de ações administrativas que incluem a contratação e treinamento de servidores, adequação de espaços públicos, aquisição de bens de alto custo, não havendo razoabilidade nesta ação e no prazo conferido. Acrescenta que, "*se o programa não existe há tanto tempo, porque agora, em setembro de 2015, repentinamente ele se torna urgente?*" (f. 06) e que o Ofício n.° 13154/2015/CAE/SGAS/SES/MS demonstra que atualmente não há pacientes necessitando dos serviços em consonância com o disposto na Portaria SAS/MS n.° 370, de 04 de julho de 2008, devendo ser levado em consideração, ainda, aspectos como o alto custo e o tempo para a implantação da política pública requerida, à luz do princípio da reserva do possível; o Ministério Público não pode ser considerado, em toda a causa em que litiga, como parte hipossuficiente, de modo a ser beneficiado com a inversão do ônus probatório, argumentando, ainda, que o Inquérito Civil é um "*poderoso instrumento de coleta de dados*", e o valor da multa diária é exorbitante e inadmissível, e, *"em se tratando da Fazenda Pública, a prevalência do interesse público respalda a substancial exclusão ou redução da multa em comento*" (f. 21).

Prequestiona os dispositivos legais mencionados nas razões recursais.

Requer, ao final, a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso, e, no mérito, pugna pelo seu conhecimento e provimento, para cassar a decisão agravada.

Por fim, e independentemente do pedido principal, requer a exclusão ou a redução da multa diária imposta.

Decisão interlocutória: indeferiu o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso (f. 197-199).

Informações do Juiz *a quo* às f. 205.

Contrarrazões: ofertadas pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, refutando os argumentos lançados nas razões recursais, objetivando o não provimento do agravo (f. 206-222).

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça: opinando pelo conhecimento e não provimento do recurso (f. 227-240).

VOTO

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

Discute-se no presente recurso: a) a existência ou não dos requisitos autorizadores da tutela provisória de urgência; b) a possibilidade de inversão dos ônus da prova, e c) a exclusão ou a redução da multa diária.

Direito intertemporal – Lei processual aplicável

Registro que a decisão recorrida foi disponibilizada nos autos em 06/10/2015 (f. 1.418-1.436 – autos originários), tendo a respectiva intimação ocorrido em 26/10/2015 (f. 1.443 – autos originários), enquanto que o presente recurso foi interposto em 16/11/2015 (f. 195).

Como se vê, todos estes atos foram praticados na vigência do Código de Processo Civil/1973, razão pela qual são por este regidos.

Isso porque, em que pese a nova lei processual tenha aplicação imediata aos processos pendentes (art. 1.046, CPC/15), é certo que esta não alcança os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada (art. 14, CPC/15).

Nesse sentido, a lei vigente à época da prolação/liberação da decisão recorrida – qual seja, o Código de Processo Civil/1973 – é a que rege o cabimento e a admissibilidade do presente recurso (STF, RE 78.057, Rel. Min. Luiz Gallotti, 1ª Turma, DJ 29/03/1974; RE 34.067 EI, Rel. Min. Luiz Gallotti, Tribunal Pleno, DJ 23/07/1959; STJ, EREsp 649.526/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, DJ 13/02/2006; AgRg nos EREsp 617.427/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Corte Especial, DJ 11/12/2006; REsp 1.132.774/ES, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 10/03/2010; REsp 574.255/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 29/11/2004; REsp 480.547/MS, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ 30/06/2003).

Entretanto, cabe ressaltar que, relativamente ao procedimento/julgamento do recurso, aplicar-se-ão, desde logo, as regras próprias previstas no Código de Processo Civil/2015 (STJ, REsp 622.580/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 07/06/2004; REsp 226.878/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, DJ 30/09/2002; EREsp 197.847/PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Rel. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, 2ª Seção, DJ 12/08/2002; REsp 115.183/GO, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. p/ Acórdão Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, DJ 08/03/1999). Também nesse sentido, vide os Enunciados de números 308, 356 e 564 FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Tempestivo e regular o recurso, *ex vi* dos artigos 522, 524, 525 e 188, todos do Código de Processo Civil/1973.

Dos requisitos para a concessão da tutela de urgência.

Consoante relatado, afirma o agravante que não se vislumbra na hipótese a urgência na concessão da tutela antecipada, a qual visa, em prazo exíguo, a adoção de uma série de ações administrativas que incluem a contratação e treinamento de servidores, adequação de espaços públicos, aquisição de bens de alto custo, não havendo assim razoabilidade nesta ação e no prazo conferido.

Acrescenta que, *"se o programa não existe há tanto tempo, porque agora, em setembro de 2015, repentinamente ele se torna urgente?"* (f. 06).

Destaca que o Ofício n.° 13154/2015/CAE/SGAS/SES/MS demonstra que atualmente não há pacientes necessitando dos serviços em consonância com o disposto na Portaria SAS/MS n.° 370, de 04 de julho de 2008, devendo ser levado em consideração, ainda, aspectos como o alto custo e o tempo para implantação da política pública requerida, à luz do princípio da reserva do possível.

Examinando a situação fática através dos documentos juntados aos autos de origem, o Juiz *a quo* concedeu parcialmente a pretendida tutela de urgência sob o fundamento de que:

> *(...) dentro de um grau de probabilidade do direito alegado, que inexige prova robusta e convincente a seu respeito, por ser a cognição aqui, sumária, e considerando que, em primeira análise, restou demonstrado que os requeridos não implantaram o disposto nos artigos 3º e 7º da Portaria SAS n. 370/2008, que instituiu o Programa de Assistência Ventilatória não invasiva aos portadores de doenças neuromusculares.*
>
> *Além disso, restou demonstrado que os requeridos quedaram-se inertes, mesmo recebendo vultosos recursos para atender o programa em questão.*

Outrossim, ainda que os requeridos afirmem existir serviços disponíveis na rede de atendimento para pessoas com deficiência, este fato não os desobrigam de implantar e cumprir o Programa de Assistência Ventilatória Não Invasiva aos portadores de doenças neuromusculares, conforme portaria editada pelo Ministério da Saúde.

Convém ressaltar que a disponibilização do referido programa deveria existir desde o ano de 2.001, o qual foi objeto de ampliação em 2.008.

Assim, diante da crônica demora dos requeridos, não resta outra alternativa ao Ministério Público para socorrer e velar pela saúde e direitos fundamentais dos usuários, notadamente os portadores de doenças Neuromusculares.

Assim, presume-se que os ajuizamentos das ações não teriam ocorrido se o programa estivesse disponível à época dos pedidos.

Além do mais, convém ressaltar que não há como negar a existência de fundado receio de dano se a medida antecipatória não foi concedida de início, eis que existem pessoas padecendo pela inexistência da implantação do programa.

Aliás, os pacientes não podem aguardar a solução final da lide para receber o tratamento e o cuidado médico que necessitam, uma vez que a efetiva proteção do direito à vida e à saúde das pessoas com deficiência não pode ser realizada sem a medida antecipatória.

Além disso, deve ser considerado também o caráter de extrema necessidade que cerca a questão, suplantando o interesse patrimonial dos requeridos, não havendo que se pensar ou se falar em perigo de irreversibilidade do provimento antecipado em tal matéria.

Quanto à alegação da impossibilidade de decisões pelo Poder Judiciário que atinjam políticas públicas e quanto aos problemas orçamentários que a medida poderá causar, tenho que não merece guarida.

Isto porque o direito à saúde e a vida, sobrepõem-se às políticas públicas relativas ao Sistema Único de Saúde (SUS), de forma que estando a população carente necessitando de melhores condições de atendimento médico, deve ser fornecido pelo Estado, independentemente de qualquer pretexto.

Com isso, vislumbra-se que, em caso de omissão injustificada do Estado na missão constitucional de efetivação dos direitos fundamentais sociais, impossibilitando a fruição de um mínimo necessário à existência digna, cabe, excepcionalmente, ao Poder Judiciário intervir no sentido de garantir a aplicabilidade do direito necessitado, podendo, assim, interferir no processo de implementação de políticas públicas, visando preservar a dignidade da pessoa humana.

Saliente-se que diante da omissão por parte do Estado (em qualquer uma de suas esferas), é no Poder Judiciário que muitas vezes a sociedade se socorre para encontrar o único meio de obter a prestação que necessidade, a qual pode ser, inclusive, imprescindível para a própria sobrevivência (f. 1.422-1.423 - dos autos na origem)

Na doutrina, há um interessante estudo acadêmico recente denominado "*Direito Fundamental à Saúde no SUS e a Demora no Atendimento em cirurgias eletivas*[1]" em que os autores fizeram uma pesquisa jurisprudencial, tendo como amostragem decisões liminares em ações ajuizadas na Justiça do Distrito

1 Filho, Roberto Freitas e Sant'ana, Ramiro Nóbrega *in* **Direito Fundamental à Saúde no SUS e a Demora no Atendimento em Cirurgias Eletivas.** Revista Oficial do Programa de Mestrado em Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília – Instituto Brasiliense de Direito Público, Ano XII, nº 67 – Jan-Fev 2016, Porto Alegre: Editora Síntese, p. 70-102.

Federal; patrocinadas pela Defensoria Pública do Distrito Federal; que demandam cirurgias ortopédicas eletivas; e no decorrer do ano de 2013[2], para avaliar aspectos quantitativos – condição do paciente e o resultado da demanda – e qualitativos – os fundamentos das decisões dos juízes.

Dentro do aspecto da condição do paciente foi avaliado o tempo de espera pela cirurgia, os sintomas e as limitações apresentadas pelos pacientes decorrentes da demora e quanto tempo demorou a realização da cirurgia após concedida a ordem judicial[3].

No tocante à resposta dos magistrados, a pesquisa buscou avaliar se a decisão liminar foi favorável ou não ao autor da demanda; e, sendo desfavorável, qual o fundamento utilizado; se houve recurso nas decisões desfavoráveis aos pacientes; se o recurso foi provido ou improvido; qual o argumento utilizado pelo desembargador relator; se havia nas ações informações sobre lista de espera ou sobre a previsão de atendimento do paciente autor da ação[4].

Ao final, os autores apontam para "*a aparente necessidade de recurso ao que chamamos de 'sistema de justiça' como remédio à falta de atenção em tempo razoável de pacientes em situação de grande vulnerabilidade que não vinham sendo atendidos condignamente. Nesses casos, o Judiciário acaba por fazer o papel de catalisador da prestação adequada de um serviço público que deveria, ordinariamente, funcionar de forma organizada e célere*[5]"

E concluem que "*o estudo avança com argumentos e dados que reforçam a ideia de que o acesso à justiça é alternativa importante para que os brasileiros tenham efetivo acesso aos serviços de saúde pública, especialmente aqueles atendimentos considerados eletivos*[6]"

Tal conclusão reforça a ideia de que a interferência do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas que visam a efetivar direitos fundamentais não viola a separação dos poderes (art. 2°, da Constituição Federal), até porque o Judiciário, dentre suas atribuições constitucionais, tem o dever de proteger os direitos fundamentais, devendo adotar providências no tocante à implementação de direitos e garantias previstos na Constituição da República, especialmente no que tange à saúde (arts. 6º; 23, inc. II; 30, inc. VII; 34, inc. VII; 35, inc. III; 194, 196, 197 e 227, todos da Constituição Federal).

A respeito: STF-ARE 975165 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 17/03/2017; STF-RE 877607 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 17/02/2017, e STF-ARE 942573 AgR, Relator(a): Min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 16/12/2016).

A partir dessas observações, passamos à análise dos requisitos para a concessão da tutela de urgência, previstos nos artigos 273 e 461, ambos do Código de Processo Civil/1973:

> *Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:*
>
> *I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou*
>
> *II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.*

2 Idem, p. 79.
3 Idem, p. 79.
4 Idem, p. 79-80.
5 Idem, p. 98.
6 Idem, p. 98.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...)

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

Os dispositivos legais em destaque tratam da tutela provisória de urgência (satisfativa ou cautelar), sendo certo que, para a sua concessão, deve existir, basicamente, a demonstração dos seguintes requisitios: probabilidade de direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*).

Relativamente à plausibilidade do direito, sabe-se que, conforme o disposto no art. 196, da Constituição Federal/1988, a saúde é um direito de todos, sendo assegurada como um dos direitos sociais (art. 6º, CF/88). É, pois, sobretudo um dever do Estado, a ser garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Vale lembrar que "*os direitos sociais são direitos fundamentais do homem*", daí porque "*se caracterizam como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito*", cuja finalidade é conferir melhor condição de vida aos hipossuficientes "*visando à concretização da igualdade social*" (MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil Interpretada. São Paulo: Atlas, 2002. p. 468).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é assente no sentido de que o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos.

Cite-se, a propósito, emblemático precedente do Pretório Excelso, a respeito do tema:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.

- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. (RE 271.286 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 24/11/2000).

Também no Superior Tribunal de Justiça, de cujo repertório jurisprudencial são exemplificativos os seguintes julgados: AgRg no REsp 1502239/PR, Rel. Min. Diva Malerbi, 2ª Turma, DJe 18/02/2016; AgRg no REsp 1572633/PI, Min. Olindo Menezes, 1ª Turma, DJe 25/02/2016; AgRg no AREsp 715635/CE, Min Napoleão Nunes Maria Filho, 1ª Turma, DJe 03/03/2016; AgRg no AREsp 812963/RS, Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 24/02/2016.

Assim, em princípio, há lastro legal e jurisprudencial para a determinação judicial no sentido de que o ente público dê guarida à pretensão do autor-agravado.

Ademais, ainda em relação à verossimilhança do direito alegado, tem-se que o recorrente - Estado de Mato Grosso do Sul - , mesmo com o advento da Portaria nº 1.370/GM/MS, de 3/06/2008, a qual institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Programa de Assistência Ventilatória Não Invasiva aos Portadores de Doenças Neuromusculares e a Portaria nº 370/SAS/MS, de 4/07/2008, que estabelece o rol de doenças neuromusculares incluídas no Programa de Assistência Ventilatória Não Invasiva aos Portadores de Doenças Neuromusculares e as Indicações Clínicas para a utilização de ventilação não invasiva em pacientes portadores de doenças neuromusculares, deixou de implantar nos Municípios de sua circunscrição, o Programa em questão, o qual, como visto, está devidamente regulamentado.

De se ver que o representante do *parquet* teve a cautela de carrear aos autos não apenas as Portarias acima destacadas (f. 87-88/89-100 – autos na origem), mas também demonstrou que houve repasses de verbas pela União ao Estado e ao Município de Campo Grande, no período de 2008-2015, as quais, pelo que se vê, não foram direcionadas para a implantação do Programa destacado (f. 380-413 – autos na origem e f. 34 deste recurso).

Relativamente ao perigo da demora, chama atenção o Anexo II da Portaria nº 370/SAS/MS, de 4/07/2008, contendo as indicações clínicas para utilização da Ventilação Não Invasiva em Pacientes Portadores de Doenças Neuromusculares:

> *A evidência atual sobre o benefício terapêutico da ventilação mecânica não-invasiva para portadores de doenças neuromusculares é consistente, sugerindo* ***alívio dos sintomas de hipoventilação crônica em curto prazo, aumento de sobrevida e melhora da qualidade de vida****.*
>
> *Estudos recentes demonstram que a ventilação, com o auxílio de ventiladores volumétricos Bilevel,* ***não apenas retarda a queda da capacidade funcional como pode retardar ou impedir a progressão da insuficiência respiratória, melhorando assim a qualidade e a expectativa de vida. Os benefícios do suporte ventilatório são extremamente importantes, determinando, não raro de forma dramática, a mudança para melhor da qualidade de vida dos portadores de doenças neuromusculares*** (f. 97 – autos na origem) - grifamos.

Como bem destacou a Procuradora de Justiça Ariadne de Fátima Cantú da Silva **"***com a demora do ente estadual em implantar o Programa de Assistência Ventilatória Não Invasiva para portadores de doenças neuromusculares, os enfermos neuromusculares* ***agonizam com os malefícios da enfermidade e não podem ter o alívio que o acompanhamento e a terapia ventilatória invasiva podem propiciar****"* (f. 233) - grifamos.

Sendo assim, à evidência, restou demonstrada a plausabilidade do direito invocado e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, visto que o Programa de Assistência Ventilatória Não Invasiva mostra-se indispensável ao controle dos sintomas e à evolução das doenças neuromusculares, não sendo possível nem razoável se exigir que os enfermos aguardem o desfecho final do processo para, só então, ter garantido um direito fundamental que já se mostra de plano bastante verossímil e de urgência.

Constata-se, por fim, o *periculum in mora inverso,* ante a necessidade da implementação do Programa de Assistência Ventilatória Não Invasiva aos Portadores de Doenças Neuromusculares para melhora da saúde e manutenção da vida dos pacientes, tanto que o SUS baixou as Portarias para sua implantação, a qual vem encontrando óbice na omissão Estatal (conforme demonstrado pelos ofícios de resposta dos entes públicos - Município e Estado - f. 112-113, 114-115, 116-117, 124, 131, 133, 142, 143, 150, 153, 179-180, 184, 185, 205, 206, 209, 235-327, 263, 271, 308, 309, 310, 335-337 - autos na origem).

Por fim, apenas para que não passe sem observação, devo registrar que é possível a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública em situações que envolvam saúde pública, pois "*o direito fundamental, nestes casos, prevalece sobre as restrições financeiras e patrimoniais contra a Fazenda Pública. Precedentes*" (AgRg no AREsp 420.158/PI, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013).

Em conclusão, neste ponto, estando presentes os requisitos da verossimilhança da alegação e do perigo da demora, necessários à concessão da tutela antecipada pretendida na inicial, deve ser mantida, por seus próprios fundamentos, a decisão agravada.

Inversão do ônus da prova

Depreende-se dos autos que o Juiz *a quo* autorizou a inversão do ônus da prova delimitando-a à comprovação, pelo recorrente, da ocorrência ou não de prejuízos: à saúde pública, e à dignidade dos pacientes necessitados.

Segue o trecho da decisão correspondente à matéria designada:

> *Quanto ao pleito para inversão do ônus da prova quanto aos eventuais prejuízos à saúde pública e à dignidade dos pacientes que necessitam portadores de doenças neuromusculares, adoto a regra de procedimento quanto ao momento de tal inversão, e, desde já, inverto o ônus da prova em razão da verossimilhança das alegações do requerente, eis que, efetivamente, são os requeridos quem possuem melhores condições de demonstrarem se ocorrerá ou não prejuízos à saúde pública e à dignidade dos pacientes necessitados* (f. 1.435-1.436 – autos originários).

Em que pese a decisão tenha sido lançada na vigência do Código de Processo Civil/73, observando-se a regra do *tempus regit actum,* percebe-se que, no entanto, o Magistrado utilizou-se do recurso da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Atualmente, esta orientação processual está expressamente prevista no § 1º, do art. 373[7], do Código de Processo Civil/15, de modo a autorizar que em toda relação jurídica de direito material apresentada para solução em juízo, possa haver a dinamização do ônus da prova (distribuição do ônus da prova pelo Juiz).

Entrementes, vale frisar que, mesmo antes do advento da novel legislação processual civil, já havia construção legislativa, (a partir de uma interpretação sistemárica da legislação processual) doutrinária e jurisprudencial no sentido de se promover, em determinadas hipóteses (p. ex: nas relações de consumo, de meio ambiente e em qualquer modalidade de ação civil pública[8]), a dinamização do ônus da prova.

Tal construção amparava-se diretamente nos princípios constitucionais do acesso à Justiça (art. 5°, inc. XXXV, CF), do devido processo legal (art. 5°, inc. XIV, CF) e do direito à igualdade entre as partes (art. 5°, caput, CF) - tratando-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

Cediço que, como regra geral, aplicar-se-á, no que tange à prova, a distribuição legal-estática prevista no art. 333, do Código de Processo Civil/1973 (art. 373, do Código de Processo Civil/2015): o ônus

7 "§ 1o Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído."

8 "POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM QUALQUER MODALIDADE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA 3. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de incidência do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1.049.822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009)" (REsp 1235467/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/08/2013, DJe 17/11/2016).

da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito (inciso I), e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (inciso II).

No entanto, há casos concretos que impõem que se reconheça a insuficiência da distribuição estática do ônus da prova para alcance da ordem jurídica justa. Nesse cenário, poderá o Juiz realizar uma distribuição diversa do ônus da prova, dadas as características do litígio.

O próprio princípio da instrumentalidade processual está a autorizar a alteração da regra geral do ônus probatório em determinadas situações, dadas às particularidades do litígio, como o direito material envolvido e as características das partes, sempre em busca da solução mais adequada ao processo.

Nesse contexto, exsurge, mesmo antes do advento do Novo Código de Processo Civil, a possibilidade de o Juiz diligentemente redistribuir o ônus da prova, em complemento à distribuição estática prevista na Lei.

A teoria de distribuição dinâmica do encargo probatório propicia a flexibilização do sistema, e permite ao juiz que, diante da insuficiência da regra geral prevista no art. 333 do CPC, possa modificar o ônus da prova, atribuindo-o à parte que tenha melhor condições de produzi-la. Logo, não há que se falar em contrariedade aos arts. 283, 333, I, e 396 do CPC. (AgRg no AREsp 216.315/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 06/11/2012).

Partindo dessa premissa, releva perquirir quais situações autorizariam o Juiz a alterar a regra geral do ônus da prova.

Aproveito o ensejo para trazer à colação a doutrina de Bruna Braga da Silveira acerca desta temática:

> *Sendo o principal objetivo da dinamização do ônus da prova a busca por uma melhor instrução processual, facilitando a vinda aos autos de prova do fato objeto da controvérsia, a dinamização serve como instrumento para evitar a probatio diabólica (...), mitigando a desigualdade eventualmente existente entre as partes, desonerando a parte a quem o ônus de produção da prova difícil ou impossível incumbiria pelas regras classicas, carreando os ônus à parte contrária, detentora de maior facilidade na produção.*
>
> *Assim, são critérios para a dinamização do ônus da prova (i) a extrema dificuldade ou impossibilidade na produção da prova pela parte a quem incumbiria o ônus pelas regras classicas de distribuição; (ii) melhores condições da parte adversa na produção dessa mesma prova que, para a parte inicialmente onerada, é extremamente difícil ou impossível.*
>
> *Nessa esteira, a primeira exigência para a dinamização do ônus da prova no caso concreto é que o litigante incumbido de trazer aos autos determinada prova não tenha reais condições de se desincumbir desse ônus, de modo que dificulte gravemente a instrução processual.*
>
> *(...)*
>
> *A verificação de quem está em melhores condições probatórias perpassa obrigatoriamente a análise das especificidades do direito material e das características próprias do litígio (análise conjunta dos planos material e processual), que coloca a parte em posição de destaque em relação à outra.* (Direito Probatório. Coordenadores: Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 237-238).

E conclui a autora:

> *"A dinamização do ônus da prova se dará quando Ii) a parte inicialmente onerada estiver impossibilitada ou em grande dificuldade de produzir a prova; (ii) a parte adversa estiver em boas condições de produzir a mesma prova; (iii) a dificuldade/impossibilidade*

> *pode decorrer por diversos fatores (profissionais, técnicos, científicos, de distância do material probatório), destacando-se o fator informacional; (iv) a dinamização deve respeitar o contraditório, de forma que o onerado seja ouvido, podendo opor-se, por exemplo, demonstrando que não está em melhor posição de prodição de prova; (v) é importante que a dinamização recaia sobre fato controvertido específico e determinado (que pode ser um ou mais) e não sobre a totalidade deles de maneira genérica.* (Ob. cit. p. 241)

Bem verdade, a dinamização do ônus da prova não importa, simplesmente, na inversão de todo o conteúdo probatório, mas sim na imputação judicial para que determinada parte fique com o encargo de produzir certa prova quando o Juízo verificar que, no caso concreto, seria muito difícil ou até impossível à parte sobre quem recai o ônus probatório apresentar a prova em questão.

É dizer "*à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria*". (REsp 619.148/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 20/05/2010, DJe 01/06/2010) - grifamos.

Essa teoria foi abordada por Fredie Didier Jr., Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga:

> *Parece-nos que a concepção mais acertada sobre a distribuição do ônus da prova é essa última: a distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode. Esse posicionamento justifica-se nos princípios da adaptabilidade do procedimento às peculiaridades do caso concreto, da cooperação e da igualdade...*
>
> *(...)*
>
> *Enfim, de acordo com essa teoria: i) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; ii) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas sim, dinâmica; iii) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); iv) não é relevante a natureza do fato probando - se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo de direito – mas, sim,* ***quem tem mais possibilidades de prová-lo.*** (Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007, p. 62) – grifamos.

E foi exatamente na condição de gestor da prova que, *in casu*, o Magistrado de origem, acertadamente, determinou aos réus que comprovassem "*eventuais prejuízos à saúde pública e à dignidade dos pacientes que necessitam portadores de doenças neuromusculares*" (f. 1.436 – autos na origem), não havendo razão para promoção de qualquer reparo neste tópico do *decisum* recorrido.

Ademais, para além dos questionamentos envolvendo a dinamização do ônus da prova, não se pode perder de vista o interesse de toda a coletividade na melhor solução do presente litígio, o qual envolve direito à saúde de uma parcela fragilizada da população, e, nesse ponto, como dito alhures, a doutrina e jurisprudência convergem no sentido de se flexibilizar o regime do art. 333 do CPC/73 nos processos coletivos.

A propósito, é o escólio de Ricardo de Barros Leonel:

> *Nessa linha de raciocínio, toda e qualquer norma processual de cada um dos diplomas coletivos pode justificar providências e subsidiar soluções em demandas fundadas em diplomas distintos do ordenamento supra-individual. Acrescente-se que a interpretação ampliativa – aplicação recíproca de todas as normas processuais do ordenamento coletivo*

> *– é a que melhor se amolda ao ordenamento constitucional e infraconstitucional , pois ultimamente o labor legislativo tem sido voltado à otimização e ampliação da tutela coletiva. Tais conclusões ajustam-se ao moderno pensamento científico, identificando como valor subjacente ao processo a implementação de sua máxima efetividade, pois deve dar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que deve receber* (Manual do Processo Coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 341-342).

Ademais, acerca do argumento do recorrente de que Ministério Público não pode ser considerado, em toda a causa em que litiga, como parte hipossuficiente, de modo a ser beneficiado com a inversão do ônus probatório, cabe realçar que o destinatário da inversão do ônus da prova não é o substituto processual, mas sim o sujeito-titular do direito.

A propósito:

> *O Ministério Público, no âmbito de ação consumerista, faz jus à inversão do ônus da prova, a considerar que o mecanismo previsto no art. 6º, inc. VIII, do CDC busca concretizar a melhor tutela processual possível dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos e de seus titulares - na espécie, os consumidores -, independentemente daqueles que figurem como autores ou réus na ação.* (STJ, REsp, 1.253.672/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 09/08/2011) (AgInt no AREsp 691.589/GO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 13/09/2016, DJe 27/09/2016).

Logo, por qualquer ângulo que se aprecie a questão, tenho que agiu com acerto o Juiz *a quo* ao redistribuir o ônus da prova, deixando sob a responsabilidade do recorrente demonstrar se ocorrerá ou não prejuízos à saúde pública e à dignidade dos pacientes necessitados.

Multa diária

O recorrente alega que "*em se tratando da Fazenda Pública, a prevalência do interesse público respalda a substancial exclusão ou redução da multa em comento. Deve-se sempre destacar que não se podem confundir recursos públicos com um mero interesse patrimonial. Isso porque, diferentemente da multa fixada em face de um inadimplente privado, as quantias eventualmente devidas constituem dinheiro público e é justamente com esses recursos que o Estado deve custear os demais serviços de saúde, educação, segurança, previdência, obras, pagamento do subsídio e remuneração dos agentes e servidores públicos etc*" (f. 21).

Além disso, aponta para a exorbirtância do seu valor, fixado em R$ 10.000,00, limitada em cento e oitenta dias (180).

No entanto, a multa diária em questão está autorizada pelo art. 461, § 4°, do Código de Processo Civil/73:

> *Art. 461. (...)*
>
> *(...)*
>
> *§ 4°. O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.*

Sobre a multa cominatória, prelecionam Fredie Didier Jr., Rafael Oliveira e Paula Sarno Braga:

> *A multa é uma medida coercitiva que pode ser imposta no intuito de compelir alguém ao cumprimento de uma prestação. Trata-se de técnica de coerção indireta em*

tudo semelhante às astreintes do direito francês. Por ser uma medida coercitiva indireta, a multa está relacionada com as decisões mandamentais. Ela é, talvez, a principal, porque mais difundida, medida de coerção indireta, mas não é única.

A multa tem caráter coercitivo. Nem é indenizatória, nem é punitiva. Isso significa que o seu valor reverterá à parte adversária, mas não o título de perdas e danos. O seu valor pode, por isso mesmo, cumular-se às perdas e danos (art. 461, § 2°, CPC). A multa tem caráter acessório: ela existe para coagir, para convencer o devedor a cumprir a prestação. Justamente por isso, não pode ser irrisória, devendo ser fixada num valor tal que possa gerar no íntimo do devedor o temor do descumprimento. Também por ser coercitiva, a priori ela não tem teto, não tem limite, não tem valor pré-limitado. Se fosse punitiva, teria, como ocorre com a cláusula penal (art. 412 do Código Civil).

Embora não exista, a princípio, um limite máximo para a multa, é possível que, no caso concreto, quando a medida se mostrar desproporcional em relação ao bem da vida que com ela se pretende resguardar, o seu montante seja adequado a parâmetros razoáveis. Cabe, pois, ao magistrado esse controle (Ob. cit. p. 349) - grifamos.

Acerca da possibilidade de fixação da multa diária contra a Fazenda Pública, seguem julgados proferidos em casos similares:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MEDICAMENTOS. FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 182/STJ. MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ASTREINTES. POSSIBILIDADE. RECURSO REPETITIVO PENDENTE DE JULGAMENTO. SOBRESTAMENTO. DESNECESSIDADE.

1. Inviável a apreciação do agravo regimental no ponto em que deixa de atacar especificamente os fundamentos do decisum que deu provimento ao recurso especial, incidindo, na espécie, a Súmula 182/STJ.

2. A jurisprudência do STJ é farta quanto a possibilidade de imposição de multa diária contra a Fazenda Pública por eventual descumprimento de obrigação de fazer.

3. Quanto ao pedido de suspensão do presente feito, ante a submissão de recurso representativo da controvérsia a julgamento pelo rito do art. 543-C do CPC, a Corte Especial deste Tribunal firmou o entendimento de que somente os processos que tramitam nos Tribunais de segunda instância devem ficar sobrestados, em decorrência do comando contido naquele dispositivo legal.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ; AgRg no REsp 1299694/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15/10/2015, DJe 29/10/2015).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. O SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DE PROCESSOS EM FACE DE RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC) SE APLICA APENAS AOS TRIBUNAIS DE SEGUNDA INSTÂNCIA. DIREITO À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS PELO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL DESPROVIDO.

1. A Corte Especial firmou entendimento de que o comando legal que determina a

suspensão do julgamento de processos que aguardam decisão em recurso repetitivo, nos termos do art. 543-C do CPC, somente é dirigido aos Tribunais de segunda instância, e não abrange os recursos especiais já encaminhados ao STJ.

2. É pacífica a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido do cabimento de bloqueio de verbas públicas e da fixação de multa diária para o descumprimento de determinação judicial, especialmente nas hipóteses de fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde.

3. Agravo Regimental do Estado do Rio Grande do Sul desprovido. (STJ; AgRg no REsp 1073448/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 06/10/2015, DJe 15/10/2015).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. O SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DE PROCESSOS EM FACE DE RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC) SE APLICA APENAS AOS TRIBUNAIS DE SEGUNDA INSTÂNCIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO.

CABIMENTO DE IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA, CONTRA A FAZENDA PÚBLICA, POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DO VALOR ARBITRADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DA UNIÃO FEDERAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Corte Especial firmou entendimento de que o comando legal que determina a suspensão do julgamento de processos em face de recurso repetitivo, nos termos do art. 543-C do CPC, somente é dirigido aos Tribunais de segunda instância, e não abrange os recursos especiais já encaminhados ao STJ.

2. O entendimento adotado pela Corte de origem não destoa da jurisprudência do STJ, segundo a qual é cabível a cominação de multa contra a Fazenda Pública por descumprimento de obrigação de fazer.

No caso em tela, a apreciação dos critérios previstos no art. 461 do CPC para a fixação de seu valor demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que encontra óbice na Súmula 7 desta Corte.

Excepcionam-se apenas as hipóteses de valor irrisório ou exorbitante.

3. Na hipótese, o valor de R$ 1.000,00 (mil reais) não se mostra excessivo, a ensejar a sua revisão por esta Corte Superior, especialmente por se tratar de hipótese de fornecimento de medicamentos e tratamento de saúde.

4. Agravo Regimental da União Federal a que se nega provimento. (STJ; AgRg no AREsp 730.021/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 08/09/2015, DJe 23/09/2015).

No presente caso, como a multa diária tem por escopo induzir o ente público ao cumprimento da obrigação, a mesma afigura-se cabível, não havendo que se falar em sua exclusão.

Por sua vez, quanto ao valor da multa diária (*astreintes*), destaco que, na espécie, a multa tem por escopo coibir o ente público ao cumprimento de uma obrigação de extrema relevância para a saúde pública local.

Por isso, afigura-se completamente plausível e razoável o valor de R$ 10.000,00, não se mostrando desproporcional ao caso proposto.

Ademais, insta salientar que as *astreintes* têm por finalidade constranger o devedor a cumprir o estipulado na decisão judicial, motivo pelo qual não poderá encerrar valor irrisório, devendo ser fixada em quantia suficiente para se atingir tal finalidade, conforme ocorre *in casu*.

Logo, no ponto sob análise, a decisão novamente deve ser mantida irretocável.

Prequestionamento

Por fim, no tocante ao prequestionamento feito pelo recorrente, é firme na jurisprudência o entendimento de que, havendo integral apreciação, pelo julgador, das matérias debatidas, torna-se desnecessária a manifestação expressa acerca dos dispositivos legais utilizados pelas partes no embasamento de suas pretensões, devendo o magistrado se manifestar apenas sobre os pontos que entender realmente necessários, de acordo com o seu livre convencimento fundamentado.

Neste sentido:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEPTAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO NÃO CARACTERIZADAS. AUSÊNCIA DE DOLO. SÚMULAS 284/STF E 7/STJ. DECISÃO CITRA PETITA. INOCORRÊNCIA. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO. MAUS ANTECEDENTES. LEGALIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o órgão julgador não é obrigado a manifestar-se sobre todos os pontos alegados pelas partes, mas apenas os necessários ao julgamento do feito.2. Não é possível a análise de matéria invocada sob amparo de dispositivo legal incompatível com a pretensão recursal. Incidência da Súmula 284/STF.3. O Tribunal de origem, com base no conteúdo fático-probatório, entendeu pela ocorrência de dolo eventual na conduta do agente. Mudar esse entendimento esbarra na Súmula 7/STJ.4. Não há se falar em decisão citra petita quando a tese invocada pela defesa foi apreciada pelo acórdão recorrido.5. Inexiste ilegalidade na fixação do regime semiaberto a acusado portador de maus antecedentes (quatro condenações, sendo três pelo mesmo delito dos autos).6. Agravo regimental improvido.* (STJ; AgRg no AREsp 516.026/SP, Rel. Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 24/03/2015, DJe 08/04/2015).

No mesmo sentido: AgRg nos EDcl no AREsp 392.952/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 19/08/2014.

Logo, se a questão posta à apreciação já foi satisfatoriamente enfrentada, torna-se desnecessária a manifestação expressa do acórdão sobre todos os pontos e dispositivos alegados no recurso ou nas contrarrazões.

Diante do exposto e com o parecer, conheço o recurso interposto pelo Estado de Mato Grosso do Sul e nego-lhe provimento.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Marcos José de Brito Rodrigues e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 05 de abril de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Agravo de Instrumento nº 1403242-16.2016.8.12.0000 - Naviraí
Relator Des. Paulo Alberto de Oliveira

EMENTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE COBRANÇA DE *ROYALTIES* C/C RESTITUIÇÃO DE VALORES – SOJA TRANSGÊNICA – TECNOLOGIA MONSANTO RR1 E RR2 INTACTA PRO – REVOGAÇÃO DE TUTELA ANTECIPADA MANTIDA EM JULGAMENTO ANTERIOR DE OUTRO AGRAVO DE INSTRUMENTO – IMPOSSIBILIDADE – DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO MAS QUE AGREGOU NOVOS FUNDAMENTOS QUANTO À EXTENSÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA – CONHECIMENTO E APRECIAÇÃO DO RECURSO NOS LIMITES DESTES NOVOS FUNDAMENTOS – DECISÃO ANTECIPATÓRIA RESTRITA À DISCUSSÃO SOBRE *ROYALTIES* – IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA DO COMANDO JUDICIAL ANTECIPATÓRIO PARA SE PERMITIR EVENTUAL INOBSERVÂNCIA DE OUTROS DIREITOS INERENTES À PROPRIEDADE INDUSTRIAL – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS OBRIGAÇÕES RELATIVAS ÀS TÉCNICAS DE CULTIVO – PROTEÇÃO DA TECNOLOGIA.

Discute-se no presente recurso a manutenção, ou não, da decisão agravada, que manteve, e melhor esclareceu os limites de incidência, de anterior decisão antecipatória, respeitante à cobrança de *royalties* pelo plantio e comercialização dos cultivares de soja da tecnologia Monsanto RR1 e Intacta RR2 PRO.

Por se restringir a presente irresignação à impugnação da segunda decisão proferida pelo Juízo de Primeiro Grau, que analisou o pedido de reconsideração, aqui não se pode discutir a primeira decisão, que deferiu a antecipação de tutela com relação à questão dos *royalties*, pois esta decisão já foi objeto de apreciação por este Tribunal, tendo sido mantida no julgamento do Agravo de Instrumento nº 4009293-62.2013.8.12.0000. O presente recurso, contudo, subsiste à eventual questionamento acerca de seu possível não conhecimento, por violação ao princípio da preclusão (art. 507, CPC/15), porque, na espécie, há a peculiaridade de ter havido complementação dos fundamentos daquela primeira decisão, que gerou dubiedade acerca da extensão de sua eficácia.

Considerando que a opção dos autores-agravados pelo uso da tecnologia Monsanto decorre de uma ação voluntária; razoável que, a par da possibilidade de se discutir a incidência, ou não, de *royalties*, seja assegurada a proteção da tecnologia, pelo menos no que concerne à sua preservação e existência, máxime porque a finalidade comercial almejada pelos autores-agravados não lhes garante a proteção prevista, à título de exceção, no art. 43, Lei nº 9.279, de 14/05/1996 (Lei de Propriedade Industrial).

Assim, em sendo legal a exigência de licenciamento para o uso da tecnologia, mesmo que se discuta a incidência, ou não, de *royalties*, subsiste o interesse do detentor da patente de se resguardar quanto à não deterioração de sua tecnologia.

Nesse sentido, mesmo que tenha havido o deferimento de tutela antecipada para obstar que se vede o acesso dos autores-agravados à tecnologia em questão, não se alberga a possibilidade de se conferir indevida interpretação do comando judicial respectivo, no sentido de se permitir o uso das tecnologias RR1 e Intacta RR2 PRO sem que se assumam as demais obrigações de cultivo e etc., próprias da utilização dessa variedade, e que não dizem respeito ao pagamento de *royalties*.

Agravo de Instrumento conhecido e provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, com acréscimos do 2º vogal (Des. Marcos José de Brito Rodrigues), acolhidos pelo relator.

Campo Grande, 8 de março de 2017.

Des. Paulo Alberto de Oliveira - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Monsanto do Brasil Ltda e Monsanto Technology LLC contra decisão interlocutória proferida pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de Naviraí-MS.

Ação: Declaratória de inexigibilidade de cobrança de *royalties* c/c devolução de valores ajuizada pelos quatorze autores epigrafados - Nelson Antonini, Milton Antonini, José Carlos Antonini, Geraldo Stefanuto, Vera Lúcia Palácio Antonini, Geise Michele Antonini Palharini, Alexandre Palharini, Renato Antonini, Ricardo Antonini, Alcemir Rogério Stefanuto, Adriano Stefanuto, Giancarlo Antonini, Cláudio Sabino Carvalho Filho e Agropecuária Naviraí, contra as rés-agravantes, na qual aduzem, em suma, não ser devido o pagamento de *royalties* pelo plantio e comercialização de soja oriunda das tecnologias de semente RR1 e Intacta RR2 PRO, desenvolvidas e disponibilizadas no mercado pela Monsanto, a qual seria detentora de tecnologia de modificação genética que garante as tais linhagens de sementes resistentes a determinados herbicidas e à ação de insetos.

Sustentam, em síntese, não ser crível cobrar *royalties* dos produtores rurais, os quais adquirem as sementes para plantio de intermediários que comercializam este tipo de semente, muito provavelmente já com esse custo repassado ao produtor rural.

Argumentam que a Lei nº 9.456, de 25/04/1997 (Lei de Cultivares) expressamente prevê não haver violação a direito de propriedade quando se utiliza das sementes "*para uso próprio e/ou venda dos grãos produzidos como fonte alimentar*", e, ademais, explicam que a patente que asseguraria às rés-agravantes a cobrança de *royalties* já estaria vencida.

Requereram, assim, a antecipação dos efeitos da tutela pretendida, para: se determinar às rés que se abstenham da tomada de qualquer medida que impeça ou restrinja o acesso às tecnologias RR e Intacta RR2 PRO, com expressa determinação para disponibilizem reserva ou venda de sementes com referidas tecnologias para que os autores efetuem o plantio nas safras futuras; se determinar que também se abstenham da tomada de qualquer providência, judicial ou extrajudicial, no sentido de exigir ou de cobrar qualquer quantia a título de *royalties* ou qualquer outro tipo de remuneração pelo uso futuro das tecnologias RR1 e Intacta RR2 PRO, e ser autorizado o depósito judicial dos *royalties* relativos à utilização das tecnologias RR1 e Intacta RR2 PRO até "*o trânsito em julgado da decisão a ser proferida neste processo*".

No mérito requereram: que seja declarado o direito dos autores a reservarem e adquirirem das rés as sementes de soja transgênica portadoras das tecnologias RR1 e Intacta RR2 PRO, bem como comercializar

a respectiva produção, "sem nada pagar a título de royalties"; a condenação das rés a devolverem, em dobro, todos os valores indevidamente cobrados a título de *royalties* sobre a compra da semente, ou sobre a produção respectiva, desde a safra de 2005/2006; que seja declarada a expiração da patente relativa à tecnologia RR no dia 31/08/2010, bem, assim, que sejam as rés condenadas a devolverem em dobro os valores cobrados desde as safras 2010/2011 e 2011/2012 e anos posteriores (f. 78-99).

Decisão interlocutória agravada: indeferiu o pedido de revogação de uma primeira decisão proferida nos autos originários (f. 172-181), a qual deferiu, em favor dos autores-agravados, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, e, ainda, integrou à esta primeira decisão, via embargos de declaração, alguns "*esclarecimentos*", no sentido de: *"determinar a suspensão do processo até julgamento de Ação Coletiva, com efeitos gerais, em trâmite na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul – e que trata de mesma quaestio"* – , bem ainda, *"até o julgamento definitivo dos recursos no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal "envolvendo a patente da Tecnologia RR1*"; *determinar a suspensão do processo "tanto em relação à Tecnologia RR1 quanto à Intacta RR2 PRO*", e *manter "inalterada" a decisão que deferiu a antecipação de tutela, mesmo diante da prolação de decisão intermediária que decidiu "questão envolvendo a prejudicialidade externa em relação às ações em trâmite*." (f. 199-202).

Agravo de instrumento: impugnando o primeiro capítulo da decisão recorrida – ou seja, a parte que indeferiu o pedido de reconsideração –, discorrem as agravantes acerca da ilegalidade da decisão do Juiz de primeiro grau, pois, em decisão proferida no REsp nº 1.243.386/RS, o Superior Tribunal de Justiça teria reconhecido a abrangência nacional da Ação Coletiva que tramita na Justiça Estadual do Rio Grade do Sul (Ação Civil Pública nº 001/1.09.0106915-2), a qual, inclusive, conta com julgamento de mérito em segundo grau de jurisdição, oportunidade em que se acolheu tese diametralmente oposta à defendida pelos autores-agravados, e chancelada pela decisão recorrida.

Nesse sentido, a decisão recorrida asseguraria uma condição única, além de privilegiada, aos "*quatorze sojicultores que figuram no polo ativo*", em detrimento "*dos milhares outros sojicultores brasileiros que optam pelo plantio das sementes geneticamente modificadas*".

Aduzem, ainda, haver confusão quanto ao prazo da patente das tecnologias RR1 e Intacta RR2 PRO, pois esta última estaria com "*suas patentes em plena vigência*".

Ressaltam que a utilização dessa tecnologia é uma opção do produtor rural, a qual, se utilizada, impõe a observância de uma "licença de uso de tecnologia protegida por direitos de propriedade intelectual", não se tratando as sementes transgênicas, ante sua característica *sui generis*, de um mero bem que se adquire com "o pagamento de preço", ao revés, sua aquisição exige a observância de obrigações, voltadas, inclusive, à manutenção da própria tecnologia.

Assim, a decisão recorrida, ao permitir o acesso dos autores à tecnologias referidas sem qualquer contrapartida, em especial a subscrição do "Termo de Licenciamento", dá ensejo à inobservância das condições técnicas de cultivo de tais variedades, bem ainda de obrigações legais inerentes ao uso dessas variedades.

Requereram, assim, a concessão de efeito suspensivo para se sustar, até o julgamento do mérito deste recurso, os efeitos da decisão agravada, e, no mérito, pediram o provimento do agravo, a fim de que seja revogada a "*tutela provisória em sua totalidade*" (f. 01-28).

Decisão liminar do Relator: deferiu, em parte, o efeito suspensivo pleiteado pelas agravantes, apenas no que diz respeito à possível interpretação da decisão agravada que, de modo indevido, poderia permitir aos autores-agravados fazerem uso das tecnologias RR1 e Intacta RR2 PRO sem assumirem as demais

obrigações próprias da utilização dessa variedade e que não dizem respeito ao pagamento de *royalties* (f. 483-496).

Contrarrazões: em síntese refuta os argumentos dos agravantes, pugnando pelo não provimento do recurso (f. 501-507).

Petição das agravantes: requerem o desentranhamento das contrarrazões, uma vez que a procuradora não tinha poderes à época para atuar em nome dos agravados, juntando substabelecimento apenas em momento subsequente à apresentação da peça (f. 511-514).

Manifestação dos agravados: sustentam a legalidade da juntada posterior de procuração, requerendo, assim, o indeferimento do pedido de desentranhamento (f. 522-524).

VOTO

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

Discute-se no presente recurso a manutenção, ou não, da decisão agravada, que manteve, e melhor esclareceu os limites de incidência, de anterior decisão antecipatória, respeitante à cobrança de *royalties* pelo plantio e comercialização dos cultivares de soja da tecnologia Monsanto RR1 e Intacta RR2 PRO.

Direito intertemporal – lei processual aplicável

Antes de adentrar na análise do mérito recursal, reputo conveniente tecer breves considerações a respeito da lei processual aplicável à espécie, tendo em conta a entrada em vigor em 18/03/2016 do novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16/03/2015.

A par da obviedade a respeito da não aplicação da lei nova aos processos findos e de sua incidência nos processos iniciados sob a vigência do novo Código, remanesce, em princípio, duvidoso o tratamento a ser dado aos processos/recursos pendentes.

Em linhas gerais, ao regrar a transitoriedade, o Código de Processo Civil/2015 dispôs, em seu art. 1.046, que as novas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes.

O art. 14, indo um pouco além e atento ao art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal/88, ainda deixou expresso que a nova lei processual não retroage, embora seja aplicável imediatamente aos processos em curso (pendentes), mas desde que respeitados: os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Relativamente ao cuidado para com possíveis posições processuais de vantagem já adquiridas, observa Dinamarco que o processo é dinâmico e de cada ato, ou de cada ação ou omissão, surgem direitos processuais adquiridos para uma das partes, os quais, pelo regime adotado, "*não podem ser atingidos pela lei processual civil nova*" (DINAMARCO, Cândido Rangel *apud* CRAMER, Ronaldo . Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil; São Paulo: RT, 2016, pg. 2.360).

Por isso, o regramento estabelecido pelo Código de Processo Civil/2015 visa, em última análise, proteger a parte que teve constituída a seu favor, sob a égide da lei anterior, uma situação processual de vantagem (teoria do isolamento dos atos processuais – *tempus regit actum*).

Assim, pode-se dizer que dois vetores nortearão eventuais dúvidas entre a aplicação de uma ou outra norma: em havendo o surgimento de um direito processual/posição de vantagem sob a vigência do Código

de Processo Civil/1973, aplica-se o regramento respectivo; não havendo discussão a respeito de eventual ofensa a direito processual outrora adquirido, aplica-se sem qualquer ressalva, desde logo, o Código de Processo Civil/2015.

Nesse sentido, é a solução administrativa encaminhada recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça:

Aos recursos interpostos com fundamento no Código de Processo Civil/1973 (relativos a decisões publicadas até 17/03/2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ, Enunciado Administrativo nº 02);

Aos recursos interpostos com fundamento no Código de Processo Civil/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18/03/2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC (STJ, Enunciado Administrativo nº 03);

Essas premissas elementares, contudo, não resolvem por completo problemas outros, os quais decorrem de indagações, por exemplo, a respeito de atos processuais mais complexos, cujos efeitos ou atos subsequentes, ocorridos sob o vigor da lei nova, estão imbricados e umbilicalmente ligados a um ato pretérito, praticado sob a égide da lei antiga.

A questão, em verdade, reside em matéria de extra-atividade da lei.

E, em algumas hipóteses, a ultra-atividade da norma revogada se presta a justamente prestigiar a irretroatividade da lei posterior. Como exemplo disso se tem a proteção de atos processuais que, a despeito de praticados sob a vigência da nova lei, são extensão, efeito ou consequência de atos originados sob o pálio da lei anterior[1].

Nesse sentido, algumas situações, por atraírem a incidência ultra-ativa do Código de Processo Civil/1973, devem ser observadas com cuidado, a exemplo de: ato processual praticado como consectário de ato processual anterior; efeitos pendentes de ato processual praticado segundo a lei revogada; norma processual punitiva; provas requeridas ou determinadas de ofício antes da incidência do novo código, etc.

Relativamente aos recursos, essa linha intelectiva impõe a conclusão de que a lei vigente à época da prolação/liberação da decisão que se pretende reformar é a que rege o cabimento e a admissibilidade do recurso (STF, RE 78.057, Rel. Min. Luiz Gallotti, 1ª Turma, DJ 29/03/1974; RE 34.067 EI, Rel. Min. Luiz Gallotti, Tribunal Pleno, DJ 23/07/1959; *STJ*, EREsp 649.526/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, DJ 13/02/2006; AgRg nos EREsp 617.427/DF, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Corte Especial, DJ 11/12/2006; REsp 1.132.774/ES, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJe 10/03/2010; REsp 574.255/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 29/11/2004; REsp 480.547/MS, Rel. Min. Franciulli Netto, 2ª Turma, DJ 30/06/2003).

É o que explica Carlos Maximiliano, para quem "*os postulados imperantes na data da sentença resolvem sobre a sua impugnabilidade, os remédios contra o julgado, a admissibilidade de qualquer recurso; porquanto isto tudo constitui direito adquirido processual.*" (Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade das Leis, 2ª ed., Freitas Bastos, 1955, SP, p. 278).

Ao seu turno, relativamente ao procedimento/julgamento do recurso, tem-se aplicável a lei vigente, ou seja, incide imediatamente o Código de Processo Civil/2015 (REsp 622.580/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon,

1 NÓBREGA, Guilherme Pupe da. **Direito Intertemporal e lei processual no tempo**: anotações sobre o (ainda) novo Código que desponta no alvorecer de sua aguardada vigência. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br>. Acesso em: 22 mar. 2016.

2ª Turma, DJ 07/06/2004; REsp 226.878/RS, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, 1ª Turma, DJ 30/09/2002; EREsp 197.847/PR, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Rel. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, 2ª Seção, DJ 12/08/2002; REsp 115.183/GO, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. p/ Acórdão Min. Eduardo Ribeiro, 3ª Turma, DJ 08/03/1999).

Também nesse sentido, vide os Enunciados de números 308, 356 e 564, FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civis).

Na espécie, a decisão recorrida foi proferida em 16/12/2015 (f. 199-202), tendo ocorrido sua publicação no Diário da Justiça apenas em 22/03/2016 (f. 203), enquanto que o presente recurso foi interposto em 31/03/2016 (f. 01-28).

Como se vê, decisão recorrida fora disponibilizada nos autos digitais antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil/2015, muito embora a intimação só tenha ocorrido já na vigência do novo regime.

Verificado esse quadro, nos termos do quanto acima exposto, tem-se que o direito ao recurso surgiu ainda na vigência do Código de Processo Civil/1973, quando liberada nos autos eletrônicos a decisão recorrida, pois desde então era possível, mesmo sem a intimação, ser interposto o recurso (REsp 574.255/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, DJ 29/11/2004; Enunciado nº 476, FPPC), sendo, assim, aplicável à espécie o regime de cabimento e admissibilidade do CPC/73.

Nesses termos, o recurso é tempestivo, pois interposto no prazo do art. 522, do Código de Processo Civil/1973. A contagem do prazo, entretanto, deve ser feita, excepcionalmente nesta hipótese, em dias úteis (art. 219, CPC/15), já que há a particularidade de o início do prazo ter se dado já na vigência do novo Código (Enunciado nº 268, FPPC[2]).

Atendidos também os requisitos do art. 525 do Código de Processo Civil/1973.

Requerimento de desentranhamento das contrarrazões

Quanto à insurgência das agravantes (f. 511-514) contra a juntada de procuração posteriormente ao protocolo das Contrarrazões, observo que não há óbice para que tal ocorra, tendo em vista que assim foi requerido quando da apresentação da peça (f. 507), nos termos do art. 104, § 1º, do CPC/15, tendo sido observado o prazo legal de quinze (15) dias para a juntada posterior, nos termos do permissivo legal referido.

Ademais, na tônica do novel regime processual estabelecido pelo CPC/15, entendo que, por se tratar de providência de ordem meramente formal, ainda que houvesse algum tipo de irregularidade na observância do art. 104, § 1º, do CPC/15, seria plenamente possível convalidar, por exemplo, uma juntada ocorrida após o prazo de quinze dias – o que não é o caso –, ante o que preveem, v.g., os artigos 4º, 6º e 932, parágrafo único, do CPC/15, os quais dão conta de uma clara opção legislativa pela primazia do juízo de mérito, em detrimento da prevalência de questões de índole estritamente formais.

Assim, indefiro o requerimento de desentranhamento das Contrarrazões de f. 501-507.

Delimitação do objeto recursal

Conforme relatado, o presente Agravo de Instrumento se volta contra uma segunda decisão proferida pelo Juízo *a quo*, que reafirmou – mas também complementou – uma anterior decisão que deferira, em favor dos autores-agravados, o pedido de antecipação de tutela.

2 "*A regra de contagem de prazos em dias úteis só se aplica aos prazos iniciados após a vigência do Novo Código.*" (Arts. 219 e 1.046 - Grupo: Direito intertemporal e disposições finais e transitórias).

Assim, para efeito de bem delimitar o alcance da presente decisão, tendo em vista o peculiar desenrolar do processo na origem, reputo pertinente pontuar que a presente irresignação não se prende, particularmente, àquela primeira decisão proferida pelo Juiz *a quo*, a qual deferiu a antecipação dos efeitos da tutela em favor dos autores-agravados (f. 172-181), para, nos seguintes termos:

> *a) autorizar os Autores a promoverem o depósito judicial complementar dos royalties exigidos na safra atual (2012/2013) e a promoverem o depósito integral dos royalties que serão exigidos nas safras futuras, relacionados à utilização das sementes portadoras das tecnologias RR1 e RR2, enquanto tramitar este processo;*
>
> *b) determinar que as Requeridas se abstenham da tomada de qualquer medida que impeça ou restrinja o acesso dos autores às tecnologias RR1 e Intacta RR2 PRO, determinando-lhes expressamente que disponibilizem reserva ou venda de sementes com referidas tecnologias para os autores efetuarem o plantio nas safras futuras;*
>
> *c) determinar que as Requeridas se abstenham da tomada de qualquer providência, judicial ou extrajudicial, no sentido de exigir ou de cobrar qualquer quantia a título de royalties, ou qualquer outro tipo de remuneração pelo uso futuro das tecnologias RR1 e Intacta RR2 PRO.*
>
> *Para o caso de descumprimento da ordem judicial por parte das Requeridas, comino astreinte diária de R$1.000.000,00 (um milhão de reais), o que representa a irrisória quantia de 0.05% da sua receita líquida do ano de 2008.*

Aliás, contra essa decisão foi interposto o Agravo de Instrumento nº 4009293-62.2013.8.12.0000, o qual não foi provido por esta 2ª Câmara Cível, tendo sido mantida a decisão acima transcrita, pelo acórdão que contou com a seguinte ementa:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE ROYALTIES – SEMENTES DE SOJA TRANSGÊNICA – DEFERIMENTO DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – REQUISITOS PRESENTES – DEMONSTRAÇÃO DO DANO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO – POSSIBILIDADE DOS PRODUTORES RURAIS FICAR IMPEDIDOS DE ADQUIRIR SEMENTES PARA PLANTIO NA ÉPOCA ADEQUADA – DEPÓSITO JUDICIAL DOS VALORES DOS ROYALTIES COBRADOS – RECURSO IMPROVIDO.* (Rel. Des. Atapoã da Costa Feliz, j. 19/11/2013)

E, como já afirmado, por se restringir a presente irresignação à impugnação da segunda decisão proferida pelo Juízo de Primeiro Grau, que analisou o pedido de reconsideração, aqui não se pode discutir a primeira decisão, que deferiu a antecipação de tutela com relação à questão dos *royalties*, pois esta decisão já foi objeto de apreciação por este Tribunal, tendo sido mantida no julgamento do Agravo de Instrumento nº 4009293-62.2013.8.12.0000, e por isso mesmo não há margem para a revogação da antecipação de tutela, como aqui se pretende (f. 28).

O presente recurso, contudo, subsiste à eventual questionamento acerca de seu possível não conhecimento, por violação ao princípio da preclusão (art. 507, CPC/15), porque, na espécie, há a peculiaridade de ter havido complementação dos fundamentos daquela primeira decisão, que gerou dubiedade acerca da extensão de sua eficácia; daí o conhecimento da insurgência recursal, neste ponto.

Por isso, as razões apresentadas no presente recurso, que serão objeto de consideração específica no tópico seguinte, encerram relevância no que diz respeito à eventual incidência das agravantes na multa cominatória fixada na origem.

Assim, feitas tais considerações quanto aos limites cognitivos que subordinam a apreciação do presente recurso, prossegue-se na análise do mérito recursal propriamente dito.

Limites de incidência da decisão que deferiu a tutela antecipada

A questão que subsiste passível de apreciação no presente recurso – nos termos delineados no item 3 acima – diz respeito à extensão e alcance que podem ser dados à decisão agravada, especialmente no ponto em que esta reafirma a ordem de "*abstenção da adoção de medidas que impedissem o acesso dos autores à tecnologias das requeridas*." (f. 200)

Segundo os agravantes, essa vedação, amplamente subjetiva, criou uma peculiar circunstância de acesso às tecnologias RR1 e Intacta RR2 PRO, "*sem que as condições de licenciamento, inclusive, legais, estejam sendo observadas*." (f. 17)

Isso ocorre porque a decisão impugnada teria, aparentemente, autorizado os autores-agravados a terem acesso às tecnologias das rés-agravantes sem a assunção de quaisquer das demais obrigações que constam, tanto do "*Acordo de Licenciamento de Tecnologia e Quitação Geral*" (f. 473-475) quanto do "*Acordo de Licenciamento de Tecnologia*" (f. 476-478), os quais consubstanciam o ato jurídico que vincula, não somente quanto aos *royalties*, mas também quanto às obrigações inerentes à preservação da tecnologia, todos aqueles que optam pela utilização da soja transgênica da Monsanto.

Segundo explicam as agravantes, estes documentos, para além de obrigarem o pagamento de *royalties* (sobre os quais recai o mérito da ação ajuizada), também preveem obrigações outras, como, *v.g.*, o plantio de área de refúgio e a adoção de medidas correlatas, que se prestam, essencialmente, à preservação das tecnologias RR1 e Intacta RR2 PRO[3], conforme prevê a Cláusula 6, do Termo de Licenciamento.

Daí, portanto, a pertinência em se esclarecer, se eventual descumprimento de tais obrigações poderia autorizar a adoção de medidas para vedação do acesso às variedades RR1 e RR2, visando, sobretudo, assegurar a preservação da tecnologia, ante o risco de perdimento da eficácia, caso inobservados tais cuidados no cultivo.

A decisão agravada consignou, é bem verdade, quanto aos *royalties*, que aquela primeira decisão, que concedeu a antecipação de tutela, "*em nenhum momento deferiu a suspensão da exigibilidade desses pagamentos*"; ao contrário, afirmou que "*os autores não estão dispensados dessa obrigação, mas autorizados a cumprir-la por meio de depósito judicial*." (f. 200)

Em outras palavras, a decisão agravada explicitou que a liminar deferida modificou apenas a forma de cumprimento de uma parte das obrigações que constam do Termo de Licenciamento, ou seja, as que tratam especificamente do recolhimento de *royalties*, e que estão previstas nas Cláusulas de nº 3.1., item iii.2, de nº 4, parte final, e de nº 7 e de nº 8, do Acordo de Licenciamento de Tecnologia (f. 476-478).

Contudo, e na esteira do que antes se consignou acerca dos limites cognitivos em que admitido o presente recurso, observo que a decisão impugnada não cuidou de melhor delimitar em que consistiria a ordem de abstenção quanto à *"adoção de medidas que impedissem o acesso às tecnologias"*, cautela esta salutar e a ser considerada – mesmo que para uma solução provisória – ante a vislumbrável, embora hipotética, possibilidade de recusa por parte dos autores-agravados de subscreverem tais Termos de Licenciamento, especialmente no que concerne às demais obrigações que não dizem respeito, necessariamente, ao recolhimento de royalties.

3 Vide, *v.g.*, http://www.intactarr2pro.com.br/refugio/protegendo-seu-investimento.

Essa circunstância obrigaria as rés-agravantes a disponibilizarem sua tecnologia sem que se estabelecesse qualquer relação bilateral ou sinalagmática, o que soaria um tanto quanto temerário em uma relação negocial privada, especialmente diante do que dispõe o art. 42, da Lei nº 9.279, de 14/05/1996 (Lei de Propriedade Industrial), segundo o qual "*a patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar, com estes propósitos, [...] produto objeto de patente*".

E mais do que isso, o uso indevido de tecnologia patenteada confere, para além da adoção de medidas de proteção, também a exigência de reparação cível, conforme previsto no art. 44, da Lei nº 9.279, de 14/05/1996 (Lei de Propriedade Industrial).

Assim sendo, e considerando que a opção dos autores-agravados pelo uso da tecnologia Monsanto decorre de uma ação voluntária, mais do que razoável que, a par da possibilidade de se discutir a incidência, ou não, de royalties, seja assegurada a proteção da tecnologia, pelo menos no que concerne à sua preservação e existência, máxime porque a finalidade comercial almejada pelos autores-agravados não lhes garante a proteção prevista, à título de exceção, no art. 43, Lei nº 9.279, de 14/05/1996 (Lei de Propriedade Industrial).

Nessa esteira, basta imaginar que seria crível, a par da controvérsia acerca dos *royalties*, se cogitar de eventual recusa por parte dos autores-agravados em observar aquelas obrigações técnicas de manejo da tecnologia, o que, em minha compreensão, desobrigaria as rés-agravantes, legitimamente e sem qualquer violação à decisão liminar, de fornecer aos autores as tecnologias aqui consideradas.

Nesta hipótese, da forma como colocado pelo Juízo *a quo*, haveria a possibilidade, em tese, de incidência na milionária multa cominatória por aquela fixada, isso porque, conforme frisado alhures, foi extremamente subjetiva a decisão agravada quando reafirmou, de forma bastante ampla, a impossibilidade das rés de adotarem qualquer medida que "*impedissem o acesso dos autores às tecnologias das requeridas*" (f. 200).

É exclusivamente sob esse enfoque que reputo serem pertinentes as razões recursais, pois é razoável que, a par do direito dos autores de discutirem se a hipótese permite a cobrança de *royalties*, sejam igualmente assegurados os demais direitos inerentes à propriedade industrial, mesmo porque há evidente interesse coletivo em se prestigiar o sistema legal de proteção à propriedade intelectual.

Assim, em sendo legal a exigência de licenciamento para o uso da tecnologia, mesmo que se discuta a incidência, ou não, de *royalties*, subsiste o interesse do detentor da patente de se resguardar quanto à não deterioração de sua tecnologia.

Nesse sentido, conforme precedente da 4ª Câmara Cível deste Tribunal, tem-se que *"o acordo de licenciamento oferecido pela agravante, que não contem as cláusulas de 'Quitação Geral', se apresenta lícito e não importa em restrição ou impedimento na aquisição, pelo autor/agravado, do produto denominado Soja Transgênica com tecnologia INTACTA RR2 PRO"* (Agravo de Instrumento nº 4013649-03.2013.8.12.0000, Rel. Des. Josué de Oliveira, 25/03/2014).

Registre-se, por oportuno, que, a par do tempo em que vigora a liminar concedida pelo Juízo de Primeiro Grau, o risco ao qual está exposta a tecnologia Intacta é presente e duradouro, na medida em que se renova a cada plantio a possibilidade de dano à toda cadeia produtiva da variedade, ante a possibilidade de inobservância daquelas cláusulas que não dizem respeito, especificamente, ao pagamento de *royalties*.

Logo, entendo que a ratificação da decisão liminar, por mim proferida às f. 483-496, mantém sua pertinência temporal, permitindo que se resguarde, em maior amplitude, os direitos que decorrem da proteção

à propriedade intelectual; isso independentemente do questionamento existente – e também resguardado pela ação em curso – acerca da incidência de *royalties* na hipótese dos autos.

A propósito, destaco que, a despeito da superveniente informação de que os autores têm subscrito, sem maiores insurgências, o Termo de Licenciamento padrão disponibilizado pelas ré-agravantes (f. 01-09, da petição anexa de Embargos de Declaração), é salutar que seja reafirmada a distinção entre as obrigações de pagamento de *royalties* e aquelas que impõem observância de determinadas técnicas de cultivo, para efeito de se evitar qualquer distorção quanto às hipóteses de incidência, ou não, da multa cominatória estabelecida pela decisão que deferiu a antecipação de tutela.

Aliás, uma vez delimitada tal diferença, não se vislumbraria risco concreto de incidência das rés na multa cominatória, e, assim, a alegação de exorbitância acerca do valor estabelecido perderia sentido, pois seria um tanto quanto evidente que, se os autores não se sujeitarem às obrigações de ordem técnica, eventual recusa de acesso não implicaria descumprimento da tutela antecipada, mesmo porque esta se limitou à questão dos *royalties*.

Contudo, acolhendo as ponderações do 1º Vogal, Des. Marcos José de Brito Rodrigues a respeito do vultoso valor que fora estabelecido pelo Juízo a quo a título de *astreintes* (um milhão de reais por dia), entendo que, mesmo que houvesse algum descumprimento, a redução desse valor – que pode ocorrer a qualquer tempo –, e a limitação temporal de sua incidência, mostram-se razoáveis na espécie, conforme parâmetros gerais delineados por esta 2ª Câmara Cível em outras oportunidades.

Assim, estritamente sob tais aspectos aqui delineados é que vislumbro o parcial provimento do recurso.

Eficácia Nacional da Ação Civil Pública em curso no TJ/RS

Finalmente, no tocante aos efeitos nacionais conferidos à Ação Civil Pública nº 001/1.09.0106915-2 pelo Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.243.386/RS (Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJe 26/06/2012), consigno que, diante da ulterior suspensão do processo pelo Juízo de origem, e, ante a determinação de depósito judicial dos *royalties* discutidos, não se vislumbram maiores riscos à aplicação uniforme de eventual coisa julgada que venha a se formar no âmbito daquela ação coletiva, em especial porque a própria suspensão da ação está fundada no reconhecimento de "prejudicialidade externa".

Portanto, dado o atual quadro fático e jurídico a que está submetida a ação individual sob análise, não se vê qualquer conflito quanto à autoridade jurisdicional conferida à referida ação coletiva, dada a suspensão do processo, na origem, até o julgamento definitivo daquela.

Diante do exposto, conheço o recurso interposto por Monsanto do Brasil Ltda e Monsanto Technology LLC e dou-lhe parcial provimento apenas para: esclarecer que a discussão relacionada aos *royalties*, que constitui o objeto da ação principal na origem, e que está resguardada e chancelada pela decisão da origem que deferiu a antecipação de tutela (especificamente quanto aos *royalties*, friso), não alberga a possibilidade de uso das tecnologias RR1 e Intacta RR2 PRO sem assunção das demais obrigações de cultivo e etc., próprias da utilização dessa variedade, e que não dizem respeito ao pagamento de *royalties*; e reduzir o valor da multa cominatória estabelecida pelo Juízo *a quo*, fixando-a em R$ 100.000,00 (cem mil reais) por dia, em caso de eventual descumprimento, limitada sua incidência à trinta (30) dias.

Fica consignado que as partes poderão subscrever o Termo de Licenciamento padrão, utilizado corriqueiramente pela Monsanto em suas transações comercias, ficando, entretanto, a ressalva, *ope judicis*, de que, mesmo nessa circunstância, a discussão dos *royalties* não sofre qualquer mácula, inclusive quanto à possibilidade de depósito judicial dos valores questionados, na forma estabelecida pela decisão que deferiu a antecipação de tutela.

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

Acompanho o voto do Relator.

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

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Monsanto do Brasil Ltda e Monsanto Technology LLC, nos autos de inexigibilidade de cobrança de royalties c/c pedido de devolução de valores, depósito judicial e preceito cominatório, de nº 0800318-96.2013.8.12.0029, em que contende com Nelson Antonini, Milton Antonini, José Carlos Antonini, Geraldo Stefanuto, Vera Lucia Palacio Antonini, Geise Michele Antonini Palharini, Alexandre Palharini, Renato Antonini, Ricardo Antonini, Alcemir Rogerio Stefanuto, Adriano Stefanuto, Giancarlo Antonini, Claudio Sabino Carvalho Filho e Agropecuária Naviraí Ltda, da decisão proferida pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de Naviraí-MS que deferiu a liminar pleiteada pelos autores.

Primeiro quero cumprimentar Vossa Excelência pelo brilhantismo do voto, como de costume, aprofundando na observância do que interessa ao processo.

Tanto meu entendimento como do Des. Bertelli são iguais, pois tivemos oportunidade de julgar situação muito similar, nos termos do entendimento do i. Relator, de que são devidos ao *royalties* e há necessidade, como bem ressaltado no aresto, de se respeitar essa quarentena, essa limitação física dos locais de implantação para evitar que pragas vindas de outras culturas influenciem no desenvolvimento da RR1 e RR2.

Porém faço uma observação ao exposto, insistindo ser primoroso o trabalho apresentado, mas me parece que essa multa, mesmo com a consciência plena de ser esta praticamente inviável, restou hoje somente aos agricultores interessados em adquirir da Monsanto a submeter-se as condições desta para aquisição do produto e a empresa, ainda assim, negar-se a vende-los. Apenas num caso extremo deste, que Vossa Excelência deixou muito claro, que haveria incidência da multa.

Mesmo assim, peço vênia para complementar o voto e ressaltar a fixação da mula em R$ 100.000,00 (cem mil reais) por dia, em caso de eventual descumprimento, num limite temporal de (30) dias, como acentuado pelo i. Relator, assim como a e. Advogada que fez sustentação oral muito bem realizada, por sinal, nesta oportunidade.

Diante do exposto, acompanho o voto condutor, apenas sugerindo a alteração apontada acima quanto a multa, conforme parâmetros desta 2ª Câmara Cível em outras oportunidades.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, com acréscimos do 2º vogal (Des. Marcos José de Brito Rodrigues), acolhidos pelo relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paulo Alberto de Oliveira, Des. Alexandre Bastos e Des. Marcos José de Brito Rodrigues.

Campo Grande, 08 de março de 2017.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança nº 1403029-10.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO DE CARTÓRIOS – PRETENDIDO INGRESSO NA SERVENTIA SEM A NECESSIDADE DA EFETIVA EXONERAÇÃO – CANDIDATO LICENCIADO PARA TRATO DE INTERESSE PARTICULAR – CONCURSO *SUB JUDICE* – INGRESSO PERMITIDO – NÃO ACUMULAÇÃO DE CARGOS ENQUANTO O IMPETRANTE ESTIVER LICENCIADO – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Quando o concurso público estiver *sub judice* e por isso existir possibilidade do candidato aprovado vir perder a serventia que escolheu, sendo ele funcionário público, poderá ingressar nessa serventia sem a necessidade de pedir exoneração do cargo. Porém, deverá ele estar efetivamente licenciado desse cargo para trato de interesse particular, sem auferir remuneração, pois tal situação não gera qualquer prejuízo ao Estado e não caracteriza a cumulação de cargos públicos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, contra o parecer, conceder a segurança, nos termos do voto do relator, vencidos os Des. Carlos Eduardo Contar, Julio Roberto S. Cardoso, Claudionor Miguel A. Duarte e Tânia Garcia de F. Borges. O Des. Sérgio Fernandes Martins retificou seu voto para denegar a segurança.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2016.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Ricardo Bravo contra ato coator do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, do Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul e do Presidente da Comissão do IV Concurso de Ingresso e Remoção de Serviços Notoriais e de Registro do Estado de Mato Grosso do Sul.

Alega o impetrante que foi aprovado no IV Concurso de Ingresso e Remoção a Serviço Notariais e de Registro do Estado do Mato Grosso do Sul e obteve a 30º colocação.

Sustenta que na audiência de escolha de serventia ocorrida no dia 25/02/2016, o impetrante escolheu o 4º Serviço Notarial e de Registro de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de Corumbá e realizou a investidura em 23/02/2016, sendo que possui 30 dias para entrar em efetivo exercício.

Assevera que é servidor público federal desde 1998 e que desde 2011 exerce o cargo de analista legislativo do Senado Federal.

Afirma que no edital de convocatório de n. 01/2016, no item 16, ficou estabelecido que: *"nos casos em que o candidato exerça cargo, emprego ou função pública, ou, ainda, seja titular de serviço notarial ou registral, deverá apresentar protocolo de pedido de exoneração ou renúncia ao entrar em exercício o documento convocatório determina que é vedada a acumulação"*.

Aduz que essa restrição imposta no edital de convocação é ilegal e lhe fere direito líquido e certo, pois não foi prevista no edital de abertura do concurso, bem como vai contra as decisões do STJ e STF, que permite que o candidato assuma a serventia estando licenciado do cargo para interesse de trato particular sem remuneração.

Registra, ainda, que essa imposição poderá gerar elevado prejuízo, visto que o concurso de notarial encontra-se *sub judice* em face de decisão do STJ e sua eventual exoneração do cargo de analista do Senado Federal terá caráter irreversível.

Assim, requer o deferimento da liminar para que seja determinado que o impetrante possa entrar regulamente em exercício no 4º Serviço Notarial e de Registro de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de Corumbá com o comprovante do pedido de licença para tratar de assuntos particulares do art. 91 da Lei n.º 8.112/1990, e sem necessidade de apresentar protocolo de pedido de exoneração do cargo de Analista Legislativo do Senado que atualmente ocupa. No mérito, postula pela ratificação da liminar e concessão definitiva da ordem.

A liminar foi indeferida às f. 123-125, sendo solicitadas as informações da autoridade coatora.

As informações foram juntadas às f. 131-138.

O impetrante interpôs agravo regimental contra a decisão que indeferiu a liminar e, às f. 155-158, tal decisão foi reconsiderada, sendo deferida a liminar.

A Procuradoria-Geral dos Estado se manifestou às f. 177-192, requerendo a cassação da liminar e a denegação da segurança.

Em parecer juntado às f. 197-208, a Procuradoria-Geral de Justiça requer a denegação do *mandamus*.

VOTO (EM16/11/2016)

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

Preliminar

Inicialmente, impende registrar que o presente mandado de segurança encontra-se dentro do prazo de 120 dias, previsto no art. 23, da Lei n. 12.016/2009, porque o ato tido como coator - o Edital n. 01/2016, que convocou os candidatos aprovados no concurso para escolher a serventia e estabeleceu como um dos requisitos de ingresso o pedido de exoneração de cargo público -, foi publicado no dia 12/02/2016 e a impetração se deu no dia dia 27/03/2016.

Assim, por estar dentro do prazo legal, conheço do *mandamus*.

Mérito

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Ricardo Bravo contra ato coator do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, do Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul e do Presidente da Comissão do IV Concurso de Ingresso e Remoção de Serviços Notoriais e de Registro do Estado de Mato Grosso do Sul.

Alega o impetrante que foi aprovado no IV Concurso de Ingresso e Remoção a Serviço Notariais e de Registro do Estado do Mato Grosso do Sul e obteve a 30º colocação.

Sustenta que na audiência de escolha de serventia ocorrida no dia 25/02/2016, o impetrante escolheu o 4º Serviço Notarial e de Registro de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de Corumbá e realizou a investidura em 23/02/2016, sendo que possui 30 dias para entrar em efetivo exercício.

Assevera que é servidor público federal desde 1998 e que desde 2011 exerce o cargo de analista legislativo do Senado Federal.

Afirma que no edital de convocatório de n. 01/2016, no item 16, ficou estabelecido que: *"nos casos em que o candidato exerça cargo, emprego ou função pública, ou, ainda, seja titular de serviço notarial ou registral, deverá apresentar protocolo de pedido de exoneração ou renúncia ao entrar em exercício o documento convocatório determina que é vedada a acumulação"*.

Aduz que essa restrição imposta no edital de convocação é ilegal e lhe fere direito líquido e certo, pois não foi prevista no edital de abertura do concurso, bem como vai contra as decisões do STJ e STF, que permite que o candidato assuma a serventia estando licenciado do cargo para interesse de trato particular sem remuneração.

Registra, ainda, que essa imposição poderá gerar elevado prejuízo, visto que o concurso de notarial encontra-se *sub judice* em face de decisão do STJ e sua eventual exoneração do cargo de analista do senado federal terá caráter irreversível.

Assim, requer o deferimento da liminar para que seja determinado que o impetrante possa entrar regulamente em exercício no 4º Serviço Notarial e de Registro de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de Corumbá com o comprovante do pedido de licença para tratar de assuntos particulares do art. 91 da Lei n.º 8.112/1990, e sem necessidade de apresentar protocolo de pedido de exoneração do cargo de Analista Legislativo do Senado que atualmente ocupa. No mérito, postula pela ratificação da liminar e concessão definitiva da ordem.

Entendo que a liminar deve ser ratificada e a segurança concedida em definitivo.

A meu ver, não há prejuízo algum para o Estado e tampouco a cumulação indevida de cargo a permissão para que o impetrante assuma o 4º Serviço Notarial e de Registro de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de Corumbá, sem a necessidade da efetiva exoneração do cargo Analista Legislativo do Senado Federal, bastando, para a assunção, que esteja efetivamente em licença para trato de interesse particular sem remuneração, enquanto o concurso estiver *sub judice*.

Ora, havendo a mínima possibilidade de anulação do concurso ou a perda da serventia escolhida pelo impetrante, justifica-se seu ingresso na serventia sem a necessidade de exoneração do cargo público que ocupa no Senado Federal, bastando, para tanto, que esteja efetivamente licenciado para trato de interesse particular sem a remuneração, pois isso evitaria que o impetrante, após sua exoneração do cargo no Senado Federal e eventualmente perdida a serventia, ficasse totalmente desamparado.

Outrossim, o fato de o impetrante ingressar no cartório sem a efetiva exoneração não causará qualquer prejuízo ao Estado, porque, estando efetivamente licenciado sem remuneração, o impetrante só auferirá renda provinda da serventia que ocupar, já que a remuneração do Senado Federal estará suspensa.

De outro lado, após esgotar o prazo dessa licença para trato de interesse particular sem remuneração, deve o impetrante pedir o desligamento definitivo do cargo de Analista Legislativo do Senado Federal para continuar na serventia, sob pena de cumulação indevida de cargo.

Aliás, esse entendimento foi exarado pela Ministra Laurita Vaz, do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a liminar na Medida Cautelar n. 25.407/MS. Confira-se:

> *(...)*
>
> *Trata-se de medida cautelar, com pedido de liminar, ajuizada por Bruno Ribeiro Guedes, visando a atribuição de efeito suspensivo ativo ao recurso especial ainda pendente de juízo de admissibilidade pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul.*
>
> *Consta dos autos que o Requerente impetrou mandado de segurança, perante o Tribunal de origem, visando assegurar o direito de entrar em exercício nas funções notariais na serventia extrajudicial para a qual fora aprovado em concurso público.*
>
> *A liminar do mandamus foi indeferida. Manejado o agravo regimental, foi ele desprovido em acórdão assim ementado:*
>
> *AGRAVO REGIMENTAL CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - SERVENTIA EXTRAJUDICIAL - CONCURSO PÚBLICO - LICENÇA NÃO REMUNERADA EM OUTRO CARGO PÚBLICO - INCOMPATIBILIDADE - NÃO PROVIMENTO.*
>
> *A licença não remunerada de cargo público efeito não afasta a incompatibilidade do art. 25, da Lei n.º 8.935/94, devendo o candidato demonstrar a exoneração para regular exercício da atividade notarial.*
>
> *Agravo Regimental a que se nega provimento, ante a não verificação do fumus boni iuris para a concessão da tutela de urgência pretendida. (fl. 730)*
>
> *Contra esse aresto, foram interpostos recurso especial e medida cautelar perante a Corte de origem. Na sequência, o Requerente ajuizou a presente cautelar, mesmo com o exame de admissibilidade do recurso especial ainda pendente.*
>
> *Por meio da petição n.º 581.524/2015 (fls. 1.464/1.468), o Requerente informa que a medida cautelar ajuizada perante o Tribunal local foi indeferida. Postula também a emenda da exordial da presente cautelar, pois, mesmo não tendo havido decisão no prazo limite para a entrada em exercício, deve ser deferida a prorrogação do aludido prazo, com base no poder geral de cautela, previsto no art. 798 do Código de Processo Civil.*
>
> *Foram então os autos conclusos à Presidência do Superior Tribunal de Justiça (fl. 1.477)*
>
> *É o relatório.*
>
> *Decido.*
>
> *De início, é de ser reconhecida a competência do Superior Tribunal de Justiça para o exame e julgamento do presente feito, ante o indeferimento da medida cautelar ajuizada*

na Corte de origem, ainda que pendente o recurso especial de exame de admissibilidade. É o que se colhe dos seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL EM MEDIDA CAUTELAR. RECURSO ESPECIAL. DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. LEVANTAMENTO DOS VALORES PENHORADOS. RESTABELECIMENTO DA LIMINAR. 1. O pedido de reconsideração pode ser recebido como agravo regimental. Princípios da economia processual e da fungibilidade dos recursos.

2. Indeferida a cautelar na instância de origem, exsurge a competência do STJ para a concessão de efeito suspensivo a recurso especial, mesmo que ainda não interposto, e, em caráter excepcional, quando constatado o manifesto risco de dano irreparável e inquestionável a relevância do direito, ou seja, o alto grau de probabilidade de êxito do recurso, tornando indispensável a concessão da providência pleiteada para assegurar a eficácia do resultado do recurso a ser apreciado por este Tribunal (AgRg na MC n. 8.101/SP). Flexibilização do enunciado das Súmulas n. 634 e 635 do STF)

3. Presença de risco de dano irreparável ou de difícil reparação a justificar o restabelecimento da liminar para autorizar o levantamento dos valores retidos, independentemente de prestação de caução.

4. Agravo regimental provido. (RCD no RCD na MC 24.189/PR, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 12/05/2015, DJe 18/05/2015.)

PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO LIMINAR NA MEDIDA CAUTELAR. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL PENDENTE DE ADMISSIBILIDADE PELO TRIBUNAL A QUO. MEDIDA CAUTELAR PROPOSTA PERANTE A PRESIDÊNCIA DA CORTE DE ORIGEM INDEFERIDA. EXAURIMENTO DAS VIAS PRÓPRIAS. VÁCUO DE JURISDIÇÃO. NÃO APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 634 E 635/STF. DEMONSTRAÇÃO DA PLAUSIBILIDADE DO DIREITO INVOCADO E DO PERIGO NA DEMORA. SUBMISSÃO AO ÓRGÃO COLEGIADO, CONFORME FACULTA O ART. 288, § 2º, DO RISTJ. LIMINAR DEFERIDA. (MC 23.481/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 06/11/2014, DJe 12/11/2014.)

De outra parte, o Superior Tribunal de Justiça tem firme entendimento no sentido de que é cabível o ajuizamento de medida cautelar destinada a atribuir efeito suspensivo ou a antecipar tutela em recurso especial ou ordinário, quando presentes os requisitos do fumus boni juris, correspondente à probabilidade de êxito do recurso, e do periculum in mora, relativo ao risco de dano grave e de difícil reparação ao direito.

No caso dos autos, em sede de cognição sumária própria do juízo liminar, entendo que há plausibilidade jurídica na pretensão do Requerente. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em casos análogos, deferiu os pedidos liminares formulados nos Mandados de Segurança n.os 27.955/DF, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, e 28.429/DF, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, autorizando os Impetrantes a entrarem em exercício nas serventias extrajudiciais escolhidas, sem a necessidade de exercer a opção entre o cargo efetivo ocupado, no período de duração da licença sem remuneração.

O entendimento lastreou-se na exegese do art. 25 da Lei n.º 8.935/94, no sentido de que a incompatibilidade do desempenho da atividade notarial e de registro refere-se apenas, e tão somente, ao exercício do cargo público.

A propósito, confira-se o seguinte trecho da decisão prolatada pela Ministra Ellen Gracie, no MS n.º 28.429/DF, in verbis:

Ressalte-se, ainda, que a Lei 8.935/94, em seu art. 25, expressamente dispõe:

Art. 25. O exercício da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia, o da intermediação de seus serviços ou o de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão. (Destaquei).

É dizer, nos termos do art. 25 da Lei 8.935/94, é incompatível a cumulação dos exercícios dessas atividades. Entretanto, consoante se infere do art. 15 da Lei 8.112/90, exercício é o efetivo desempenho das atribuições do cargo público ou da função de confiança. (destaquei).

Entendo, em juízo de delibação, que o servidor, quando se encontra em gozo de licença não remunerada para tratar de interesses particulares, não está, em verdade, a desempenhar efetivamente as atribuições do cargo público. Assim, o caso dos presentes autos não se subsume, em princípio, às hipóteses preconizadas no art. 25 da Lei 8.935/94.

[...]

Assevere-se, por fim, que o eminente Ministro Joaquim Barbosa, ao julgar o Mandado de Segurança 27.955/DF, caso igual ao presente, deferiu o pedido de liminar formulado (DJe 05.5.2009).

6. Ante o exposto, defiro o pedido de liminar para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Conselheiro Marcelo Nobre nos autos do Procedimento de Controle Administrativo 2009.10.00.003234-5, até o julgamento do mérito do presente writ.

De outra parte, o periculum in mora também se evidencia, pois o Requerente foi investido na serventia no dia 24/11/2015, possuindo o prazo de 30 (trinta) dias para entrar em exercício.

Ante o exposto, DEFIRO o pedido de liminar para que as Autoridades Impetradas promovam a entrada em exercício do Requerente naserventia do 3.º Ofício de Notas de Dourados-MS, sem a exigência da opção pelo cargo de advogado do Senado ou pela outorga da delegação da serventia. Ressalto ainda que o exercício do Requerente fica vinculado à manutenção da licença sem vencimentos para trato de assuntos particulares.

(...)

A propósito, em caso análogo, o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça já analisou matéria idêntica e firmou entendimento no sentido de permitir a assunção de serventia extrajudicial ao indivíduo que se encontra de licença para trato de interesse particular, sem remuneração, enquanto perdurar a licença. Confira-se:

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – CANDIDATO APROVADO NO CONCURSO PARA OUTORGA DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS NOTARIAIS E REGISTRAIS – ESCOLHA DA SERVENTIA PELA ORDEM CLASSIFICATÓRIA – DIREITO DO CANDIDATO APROVADO – TITULARIDADE DE CARGO PÚBLICO PERANTE O SENADO FEDERAL, PRIVATIVO DE BACHAREL EM DIREITO – OBTENÇÃO DE LICENÇA PARA TRATO DE INTERESSE PARTICULAR, SEM REMUNERAÇÃO – PRETENSÃO DE INGRESSO NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DELEGADA DA ATIVIDADE NOTARIAL NA SERVENTIA ESCOLHIDA EM RAZÃO DA CLASSIFICAÇÃO – TITULARIDADE DA SERVENTIA QUE ESTÁ SENDO OBJETO DE MANDADO DE SEGURANÇA AJUIZADO PELO EX-TITULAR, OBJETIVANDO MANTER A DELEGAÇÃO – RISCO DE PERDA DA DELEGAÇÃO SE AQUELE MANDADO DE SEGURANÇA FOR JULGADO PROCEDENTE – SITUAÇÃO EXCEPCIONAL – POSSIBILIDADE DE

O CANDIDATO INGRESSAR NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DELEGADA SEM QUE VENHA A SE EXONERAR PREVIAMENTE DO CARGO JUNTO AO SENADO FEDERAL – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 25 DA LEI 78.953/94 – PROIBIÇÃO DE EXERCÍCIO SIMULTÂNEO DE FUNÇÕES CORRESPONDENTES A CARGOS DIFERENTES, AQUI NÃO VERIFICADA – LICENÇA SUFICIENTE PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DELEGADA DA ATIVIDADE NOTARIAL – ORDEM CONCEDIDA.

O artigo 25 da Lei 8.953/94 proíbe o exercício simultâneo de cargo público em que o seu titular exerce a advocacia pública ou privada, aquela mediante concurso, e as funções delegadas de serviço publico de notas ou registral, o qual tem natureza jurídica de serviço público exercido em caráter privado.

Se não fosse por esse dispositivo, a incompatibilidade também resultaria do artigo 28, IV, da Lei 8.906/94 Estatuto do Advogado.

Assim, se o candidato aprovado em concurso público de provas e títulos exercer a opção por uma serventia do foro extrajudicial cuja titularidade ainda esteja sub judice, por força de mandado de segurança ajuizado pelo ex-titular que combate a declaração de vacância, não se pode proibir esse candidato de exercer a escolha por essa serventia em razão da ordem de classificação no concurso, a qual passará a exercer, todavia, em caráter precário, até que haja o julgamento em definitivo daquele mandado de segurança.

Por isto mesmo que o candidato deverá obter o afastamento das funções correspondentes ao cargo público de que é titular perante o Senado Federal, sem remuneração, com o que estará habilitado a exercer as funções delegadas na serventia pela qual fez a opção, até que haja o término do prazo de afastamento deferido pelo Senado Federal.

Findo esse prazo o impetrante deverá exercer a opção entre se manter na titularidade da serventia para a qual foi aprovado no concurso a que se submeteu, ou manter-se no cargo de advogado junto ao Senado Federal, posto que, a partir daí, não poderá exercer as duas atividades simultaneamente, vedação constante tanto do art. 25 da Lei 8.953/94, quanto do art. 28, IV, do Estatuto do Advogado.

Ordem concedida. (Mandado de Segurança - Nº 1412327-60.2015.8.12.0000 - Tribunal de Justiça - Relator designado – Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan -Órgão Especial – TJ/MS).

Por tais considerações, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, ratifico a liminar e concedo a segurança em favor do impetrante Ricardo Bravo para que ele ingresse no 4º Serviço Notarial e de Registro de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de Corumbá, sem a necessidade da exoneração do cargo de Analista Legislativo do Senado Federal, sendo suficiente para a assunção da serventia a efetiva licença para trato de interesse particular sem remuneração. Após vencida essa licença, deverá o impetrante pedir desligamento definitivo do seu cargo no Senado Federal, para sua permanência na serventia, sob pena de cumulação indevida de cargos.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (1º Vogal)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Ricardo Bravo contra ato do Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Corregedor Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul e do Presidente da Comissão do IV concurso de Ingresso e Remoção de Serviços Notariais e de Registro de

Mato Grosso do Sul, esse consistente na exigência de apresentação de comprovante do protocolo do pedido de exoneração do cargo público que ocupa o impetrante.

Ao final, pugna pela concessão da segurança para determinar que o impetrante possa entrar em exercício no cartório escolhido, com pedido de licença do art. 91, da Lei n. 8.112/90, independentemente de pedido de exoneração do cargo público que ocupa.

Como relatado, pretende o impetrante neste *mandamus* que a Banca Examinadora permita o início de suas atividades junto ao 4º Serviço Notarial e de Registro de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de Corumbá tão somente com a apresentação do protocolo de pedido de licença para tratar de interesses particulares (fls. 146-153), referente ao cargo de Advogado do Senado Federal.

Concedo a segurança.

Com efeito, após pesquisar detidamente sobre o tema, verifico que o Supremo Tribunal Federal possui firme entendimento no sentido de que os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por Delegação do Poder Público, não havendo falar, portanto, em cumulação de cargos públicos.

Nesse sentido, colaciono a ementa do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.602/MG, de relatoria do Ministro Ero Grau:

> *EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO N. 055/2001 DO CORREGEDOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. NOTÁRIOS E REGISTRADORES. REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS. INAPLICABILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20/98. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE EM CARÁTER PRIVADO POR DELEGAÇÃO DO PODER PÚBLICO. INAPLICABILIDADE DA APOSENTADORIA COMPULSÓRIA AOS SETENTA ANOS. INCONSTITUCIONALIDADE.*
>
> *1. O artigo 40, § 1º, inciso II, da Constituição do Brasil, na redação que lhe foi conferida pela EC 20/98, está restrito aos cargos efetivos da União, dos Estados-membros , do Distrito Federal e dos Municípios --- incluídas as autarquias e fundações.*
>
> *2. Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais são exercidos em caráter privado por delegação do Poder Público --- serviço público não-privativo.*
>
> *3. Os notários e os registradores exercem atividade estatal, entretanto não são titulares de cargo público efetivo, tampouco ocupam cargo público. Não são servidores públicos, não lhes alcançando a compulsoriedade imposta pelo mencionado artigo 40 da CB/88 - aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade.*
>
> *4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente*[1]. (Destaquei)

Ressalte-se, ainda, que a Lei n. 8.935/94[2], em seu art. 25, expressamente dispõe que:

> *Art. 25. O* ***exercício*** *da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia, o da intermediação de seus serviços ou* ***o*** *de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão.* (Grifei)

1 ADI 2602, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2005, DJ 31-03-2006 PP-00006 Ement Vol-02227-01 PP-00056.

2 Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios)

É dizer, nos termos supratranscritos no art. 25 da Lei n. 8.935/94, que é incompatível a cumulação dos **exercícios** das referidas atividades. Entretanto, consoante se infere do art. 15 da Lei 8.112/90[3], "*exercício é o efetivo desempenho das atribuições do cargo público ou da função de confiança*" (destaquei).

Entendo, por conseguinte, que o servidor, quando se encontra em gozo de licença não remunerada para tratar de interesses particulares, não está, em verdade, a desempenhar efetivamente as atribuições do cargo público. Assim, o caso dos presentes autos não se subsume às hipóteses preconizadas no art. 25 da Lei n. 8.935/94.

Esse, aliás, foi o entendimento esposado pela Ministra Laurita Vaz, em sede liminar, nos autos da Medida Cautelar n. 25.407/MS, ajuizada pelo impetrante no Superior Tribunal de Justiça. Veja-se:

> *(...)*
>
> *No caso dos autos, em sede de cognição sumária própria do juízo liminar, entendo que há plausibilidade jurídica na pretensão do Requerente. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em casos análogos, deferiu os pedidos liminares formulados nos Mandados de Segurança n.os 27.955/DF, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, e 28.429/DF, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, autorizando os Impetrantes a entrarem em exercício nas serventias extrajudiciais escolhidas, sem a necessidade de exercer a opção entre o cargo efetivo ocupado, no período de duração da licença sem remuneração. O entendimento lastreou-se na exegese do art. 25 da Lei n.º 8.935/94, no sentido de que a incompatibilidade do desempenho da atividade notarial e de registro refere-se apenas, e tão somente, ao exercício do cargo público.*
>
> *A propósito, confira-se o seguinte trecho da decisão prolatada pela Ministra Ellen Gracie, no MS n.º 28.429/DF, in verbis: Ressalte-se, ainda, que a Lei 8.935/94, em seu art. 25, expressamente dispõe: Art. 25. O exercício da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia, o da intermediação de seus serviços ou o de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão. (Destaquei). É dizer, nos termos do art. 25 da Lei 8.935/94, é incompatível a cumulação dos exercícios dessas atividades.*
>
> *Entretanto, consoante se infere do art. 15 da Lei 8.112/90, exercício é o efetivo desempenho das atribuições do cargo público ou da função de confiança (destaquei). Entendo, em juízo de delibação, que o servidor, quando se encontra em gozo de licença não remunerada para tratar de interesses particulares, não está, em verdade, a desempenhar efetivamente as atribuições do cargo público.*
>
> *Assim, o caso dos presentes autos não se subsume, em princípio, às hipóteses preconizadas no art. 25 da Lei 8.935/94.*
>
> *Assevere-se, por fim, que o eminente Ministro Joaquim Barbosa, ao julgar o Mandado de Segurança 27.955/DF, caso igual ao presente, deferiu o pedido de liminar formulado (DJe 05.5.2009).*
>
> *6. Ante o exposto, defiro o pedido de liminar para suspender os efeitos da decisão proferida pelo Conselheiro Marcelo Nobre nos autos do Procedimento de Controle Administrativo 2009.10.00.003234-5, até o julgamento do mérito do presente writ. De outra parte, o periculum in mora também se evidencia, pois o Requerente foi investido na serventia no dia 24/11/2015, possuindo o prazo de 30 (trinta) dias para entrar em exercício.*

3 Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

> *Ante o exposto, DEFIRO o pedido de liminar para que as Autoridades Impetradas promovam a entrada em exercício do Requerente na serventia do 3.º Ofício de Notas de Dourados-MS, sem a exigência da opção pelo cargo de advogado do Senado ou pela outorga da delegação da serventia.*
>
> *Ressalto ainda que o exercício do Requerente fica vinculado à manutenção da licença sem vencimentos para trato de assuntos particulares. (...)*

No mesmo sentido em sede liminar no Supremo Tribunal Federal: Mandado de Segurança n. 27.955/DF, de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa e Mandado de Segurança n. 28.429/DF, da Relatoria da Ministra Ellen Gracie.

Ainda que assim não fosse, entendo que a exigência de exoneração do cargo público pelo impetrante é mediada desproporcional, pois o risco de ficar sem a serventia, mas com o cargo público, é totalmente aceitável. Já o risco do impetrante ficar sem a serventia e sem o cargo público, a meu juízo, é inconcebível.

Friso, por necessário, que pende de julgamento ação judicial que questiona a declaração de vacância da serventia. Em caso de procedência da demanda, o ora impetrante perde a delegação e fica sem o cargo público, o que, como afirmado, seria absolutamente desproporcional.

Ante o exposto, concedo a segurança para permitir ao impetrante o exercício da serventia do 4º serviço Notarial e de Registro de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de Corumbá, enquanto perdurar o seu afastamento do cargo atual que ocupa no Senado Federal em razão de licença para tratar de assuntos particulares, sendo certo que o mencionado exercício estará sempre vinculado à manutenção da licença eventualmente concedida pelo Senado Federal.

Conclusão de julgamento adiada para sessão do dia 30.11.16 em face do pedido de vista do Des. Sideni Soncini Pimentel, após o relator e o Des. Sérgio concederem a segurança. Os demais aguardam. Ausente, justificadamente o des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.

VOTO (EM 14/12/2016)

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (3º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor estudo da questão de fundo, tendo em vista especialmente sua complexidade.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Ricardo Bravo contra ato praticado pelo Corregedor Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Segundo narrativa veiculada na inicial, o impetrante foi aprovado no concurso de ingresso e remoção de serviços notariais e de registro do Estado de Mato Grosso do Sul e foi investido na titularidade do 4º Serviço Notarial e de Registro de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de Corumbá.

Alega, em breve síntese, que seria ilegal a exigência contida no item 16 do edital, no sentido de que "*nos casos em que o candidato exerça cargo, emprego ou função pública, ou, ainda, seja titular de serviço notarial ou registral, deverá apresentar protocolo de pedido de exoneração ou renúncia ao entrar em exercício o documento convocatório determina que é vedada a acumulação*".

O eminente Relator, Des. Romero Osme Dias Lopes, acompanhado pelo eminente Des. Sérgio Fernandes Martins, votou pela concessão da segurança, ratificando os termos da liminar concedida inicialmente, para "*que ele ingresse no 4º Serviço Notarial e de Registro de Títulos e Documentos e Civil*

das Pessoas Jurídicas da Comarca de Corumbá, sem a necessidade da exoneração do cargo de Analista Legislativo do Senado Federal, sendo suficiente para a assunção da serventia a efetiva licença para trato de interesse particular sem remuneração. Após vencida essa licença, deverá o impetrante pedir desligamento definitivo do seu cargo no Senado Federal, para sua permanência na serventia, sob pena de cumulação indevida de cargos", contrariando, assim, o parecer ministerial.

A questão objeto da lide já foi amplamente discutida por este Órgão Especial, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 1412327-60.2015.8.12.0000, que teve como Relator designado o Exmo. Sr. Des. Dorival Renato Pavan, em julgamento realizado no dia 17 de fevereiro de 2016, julgamento do qual não participei.

Naquela oportunidade restou assentado que o servidor público efetivo pode optar por exercer a atividade de serventia do foro extrajudicial, cuja titularidade ainda esteja sub judice, por força de mandado de segurança, desde que obtenha o afastamento das funções correspondentes ao cargo público de que é titular, sem remuneração, até o termino do prazo de afastamento, findo o qual deverá exercer a opção entre manter a titularidade da serventia para a qual foi aprovado no concurso ou manter-se no cargo público do qual é titular.

Essa orientação, já adotada por esta Corte, deve ser reafirmada em virtude da aplicação do disposto no art. 926, do NCPC, que impõe aos Tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. A norma a meu juízo tem lastro nos princípios da isonomia e segurança jurídica.

A respeito do tema, colha-se a relevante lição de Humberto Theodoro Júnior:

> *(...) O Novo CPC dispensou grande atenção ao fenômeno jurisprudencial, por reconhecer a relevante influência político-institucional que a interpretação e aplicação do direito positivo pelos órgãos judiciais exercem sobre a garantia fundamental de segurança jurídica, em termos de uniformização e previsibilidade daquilo que vem a ser o ordenamento jurídico vigente no país. Entretanto, para que essa função seja efetivamente desempenhada, a primeira condição exigível é que os tribunais velem pela coerência interna de seus pronunciamentos. Por isso, o novo CPC dedica tratamento especial ao problema da valorização da jurisprudência, dispondo, em primeiro lugar, que 'os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926, caput). (...) Por outro lado, a força que o novo Código confere à jurisprudência, manifesta-se em dois planos: (i) o horizontal, de que decorre a sujeição do tribunal à sua própria jurisprudência, de modo que os órgãos fracionários fiquem comprometidos com a observância dos precedentes estabelecidos pelo plenário ou órgão especial (art. 927, V); (ii) o vertical, que vincula todos os juízes ou tribunais inferiores às decisões do STF em matéria de controle concentrado de constitucionalidade e de súmulas vinculantes; aos julgamentos do STF e do STJ em recursos extraordinário e especial repetitivos; aos enunciados de súmulas do STF e STJ; e, finalmente, à orientação jurisprudencial relevante de todo tribunal revisor das respectivas decisões, a exemplo das decisões nas resoluções de demandas repetitivas, nos incidentes de assunção de competência (art. 927, I a IV)*. (Curso de Direito Processual Civil, vol. III, 49ª ed., Forense, 2016, p. 795-797)

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já assentou:

> *I - PROCESSUAL – STJ - JURISPRUDÊNCIA - NECESSIDADE DE QUE SEJA OBSERVADA. - O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ*

> *é sucessor, nesse mister.* ***Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições.*** *Se nós – os integrantes da Seção – não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la.* (AgRg nos EREsp 593.309/DF, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Segunda Seção, julgado em 26/10/2005, DJ 23/11/2005, p. 154) [destaquei]

Assim é que, com vistas especialmente á isonomia e segurança jurídica, e até que novas razões sociais, políticas ou jurídicas justifiquem a revisão do posicionamento adotado por este Órgão Especial (*overrruling*), entendo que deve ser reafirmada a diretriz adotada no Mandado de Segurança nº 1412327-60.2015.8.12.0000.

À luz destas considerações, não tenho dúvidas em acompanhar, na íntegra, o eminente Relator, Des. Romero Osme Dias Lopes, e conceder a segurança, contrariando o parecer.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (4º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (5º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (6º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (7º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso. (8º Vogal)

No caso dos autos, ouso em divergir do relator, discordando da possibilidade de favor do impetrante Ricardo Bravo para que ele ingresse no 4º Serviço Notarial e de Registro de Títulos e Documentos e Civil das Pessoas Jurídicas da Comarca de Corumbá, sem a necessidade da exoneração do cargo de analista que ocupa junto ao Senado Federal, não sendo suficiente para a assunção da serventia a efetiva licença para trato de interesse particular sem remuneração, pois inegável que o impetrante permanecerá com vínculo junto ao Senado Federal.

Ora, tenho como certa a situação de que o serviço de atividade notarial e registral possui caráter privado, com delegação obrigatória do Poder Público, ou seja, enquadra-se na previsão legal expressa no que diz respeito quanto à impossibilidade de cumulação da mesma com a advocacia ou cargo público.

No caso dos autos, o impetrante é servidor do Senado Federal e, mesmo em licença para fins de interesse particular, entendo que permanece o vínculo com a Administração Pública, tornando evidente a incompatibilidade na cumulação das atividades.

Ainda, destaco que o Conselho Nacional de Justiça, apesar de a Delegação de atividade notarial e registral não ser cargo público, ao que tudo indica possui entendimento consolidado acerca da impossibilidade de cumulação:

> *RECURSO ADMINISTRATIVO EM PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO (PCA) – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA – LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSE PARTICULAR – CUMULAÇÃO ILEGAL DE CARGOS PÚBLICOS.*
>
> *1. Nos termos da jurisprudência do STF e do TCU, o fato de o servidor licenciar-se, sem vencimentos, do cargo público ou emprego que exerça em órgão ou entidade da administração direta ou indireta não o habilita a tomar posse em outro cargo ou emprego público.*
>
> *2. Recurso Administrativo provido.* [4]

Por fim, menciono que meu entendimento é no sentido de que a vedação legal não se dá em decorrência de incompatibilidade de horários, mas em virtude dos princípios e deveres inerentes ao cargo público (cujo vínculo não é rompido com simples licença de qualquer natureza) e à delegação extrajudicial, tal como consta do artigo 25 da Lei 8.953/94:

> *Art. 25. O exercício da atividade notarial e de registro é incompatível com o da advocacia, o da intermediação de seus serviços ou o de qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão.*
>
> *§ 1º (Vetado).*
>
> *§ 2º. A diplomação, na hipótese de mandato eletivo, e a posse, nos demais casos, implicará no afastamento da atividade.*

Assim, peço vênia para divergir do relator e denegar a segurança pleiteada por Ricardo Bravo.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (9º Vogal)

Acompanho o voto do 8º vogal

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran. (10º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (11ª Vogal)

Acompanho o voto do 8º vogal.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (1º Vogal)

Acompanho o voto do 8º vogal.

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (2º Vogal)

Retifico o meu voto para acompanhar o 8º vogal.

4 RA-PCA n.º 0001355-21.2013.2.00.0000, rel. Cons. Fabiano Silveira, j. 01/12/2014.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, contra o parecer, concederam a segurança, nos termos do voto do relator, vencidos os Des. Carlos Eduardo Contar, Julio Roberto S. Cardoso, Claudionor Miguel A. Duarte e Tânia Garcia de F. Borges. O Des. Sérgio Fernandes Martins retificou seu voto para denegar a segurança.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2016.

***

Órgão Especial
Mandado de Segurança n. 1406389-50.2016.8.12.0000
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PRETENDIDO RECEBIMENTO DE ABONO DE PERMANÊNCIA RETROATIVO – MAGISTRADO APOSENTADO – AVERBAÇÃO POSTERIOR DE TEMPO DE SERVIÇO RECONHECIDO JUDICIALMENTE APÓS A APOSENTADORIA DO SERVIDOR – IMPOSSIBILIDADE – ABONO DE PERMANÊNCIA CONCEDIDO DE ACORDO COM OS DOCUMENTOS CONSTANTES À ÉPOCA DA CONCESSÃO – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – SEGURANÇA DENEGADA.

Se foi concedido o abono de permanência, e a posterior aposentadoria, ao agente público com base nos requisitos exigidos ao tempo dos pedidos, não há como retroagir o pagamento da benesse, referente ao período pretérito reconhecido judicialmente, que só existiu em razão da desídia do próprio impetrante que não recolheu a contribuição previdenciária, como autônomo. Ordem denegada.

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, denegar a segurança, com o parecer.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2016.

Des. Romero Osme Dias Lopes – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tratam-se os presentes autos de mandado de segurança interposto por João Mathias Filho contra ato do Presidente do Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul que indeferiu o seu pedido administrativo que buscava o reconhecimento do direito ao abono de permanência do período de 01.07.1978 a 28.02.1983.

Narra o impetrante que:

> *Ingressou na magistratura do Estado de Mato Grosso do Sul em setembro de 1986 e passou para a inatividade em julho de 2011, bem como se infere da certidão expedida pelo Conselho Superior da Magistratura, nos termos da lei, o Tribunal de Justiça passou a remunerar o Impetrante com o abono de permanência a partir de março de 2010, quando preencheu todos os requisitos necessários para tanto, como a idade, tempo de carreira e tempo de contribuição previdenciária (regra de transição, art. 2º EC 41/2003 - contar mínimo de 53 anos de idade, 35 anos de tempo de contribuição, 5 anos de efetivo exercício no cargo em que se der a aposentadoria e pedágio de 20%), motivo da concessão de ofício do benefício pelo TJMS, tudo de conformidade com seus registros funcionais.*

Aduz que:

> *Muito tempo antes de sua aposentadoria, em 23.04.2003, o Impetrante ingressou com pedido administrativo perante o INSS (proc. administrativo prot. sob o nº 36736.000642/03-73) para reconhecimento de ter sido segurado do INSS, na condição de autônomo, no período de 26.07.1978 a 25.02.1983, com o consequente cálculo das contribuições devidas em relação ao aludido período e expedição da certidão respectiva, para todos os fins previdenciários. No aludido processo administrativo o INSS, em 25.5.2004, deferiu o pedido do Impetrante, reconhecendo o tempo de serviço tal como pleiteado ... posteriormente a autoridade administrativa (INSS) juntou o demonstrativo do cálculo das contribuições a serem recolhidas, tendo por base de cálculo o limite máximo da escala de salário base dos contribuintes individuais, elaborada pela Previdência Social. Entretanto, a Administração pretendeu o recolhimento das contribuições previdenciárias do período de 07/1978 a 02/1983, com esteio no então rendimento atual do Impetrante na época do pedido, na qualidade de juiz de direito estadual. De sorte que apesar de o INSS ter reconhecido administrativamente o tempo de serviço do Impetrante do período pleiteado, determinou a elaboração do cálculo mediante diretrizes manifestamente ilegais.*

Sustenta que:

> *Considerando ter sido a decisão administrativa proferida em flagrante violação das normas jurídicas pertinentes quanto à elaboração dos cálculos do valor da contribuição previdenciária devida pelo Impetrante, foi ajuizado mandado de segurança do ato coator da Autoridade Administrativa perante a 2ª Vara da Justiça Federal de Dourados-MS, proc. nº 2004.60.02.003483-4/MS. A segurança foi concedida conforme a decisão definitiva e transitada em julgado do pleito do Impetrante no acima referido mandado de segurança, conforme a decisão proferida pela 7ª Turma do E. Tribunal Federal Regional da 3ª Região (Apelação Cível nº 0003483-16.2004.4.03.6002/MS 2004.60.02.003483-4/MS - Juiz Federal Convocado Fernando Gonçalves - DJU de 31.08.2011 - pág. 1141-1142/1862 - cópia anexa), portanto, após a aposentadoria do Impetrante. ... A aludida decisão transitou em julgado e os autos foram devolvidos ao Juízo de origem em 31.11.2011 (Juízo Federal da 2ª Vara de Dourados-MS), processo original nº 2004.60.02.003483-4/MS (cópia de movimentação processual anexa). O Impetrante então formulou pedido ao Juízo de Origem (2ª Vara Federal de Dourados-MS) para que determinasse ao INSS a elaboração dos cálculos da contribuição previdenciária devida conforme a decisão judicial. Deferido o pedido acima referido, após marcha e contramarcha do procedimento no INSS, foi gerado e apresentado pelo Instituto o cálculo com as novas diretrizes determinadas pela decisão judicial transitada em julgado e, efetuado o respectivo pagamento pelo Impetrante, condição para a expedição da certidão do INSS respectiva, esta foi emitida em 30.03.2015.*

Relata que:

> *De posse da certidão de tempo de serviço do INSS relativo ao período de 01.07.1978 a 28.02.1983, o Impetrante formulou pedido da respectiva averbação nos seus registros funcionais perante esse C. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, o qual foi deferido (certidão anexa publicação em 24.6.2015), mesmo porque antes de sua aposentadoria (julho/2011) ainda não havia sido julgado o mandado de segurança proposto pelo Impetrante que tramitou pela Justiça Federal por mais de oito (8) anos e, portanto, até então, não reconhecido seu direito previdenciário quanto ao aludido período, porquanto ainda não efetuado o recolhimento da contribuição previdenciária, cujo valor estava sub judice.*

Sustenta que:

> *O presente mandado de segurança o Impetrante pretende, exclusivamente, a declaração do seu direito ao abono de permanência de período pretérito, considerando que a averbação respectiva somente ocorreu posteriormente à sua aposentadoria devido a ato ilegal do INSS, cuja violação da lei foi expressamente reconhecida no recurso*

de decisão do mandado de segurança contra ele impetrado perante o TRF da Terceira Região (Apelação Cível nº 0003483-16.2004.4.03.6002/MS 2004.60.02.003483-4/MS - Juiz Federal Convocado Fernando Gonçalves - DJU de 31.08.2011 - pág. 1141-1142/1862 - cópia anexa). De sorte que, atendidos os requisitos legais do abono de permanência, é impostergável o reconhecimento desse direito, mesmo que de tempo passado, como será demonstrado. O presente Writ é ora impetrado contra ato praticado pelo E. Conselho Superior da Magistratura consubstanciado no v. acórdão exarado no recurso administrativo que confirmou, por maioria de votos, decisão monocrática de seu Presidente de indeferimento do pedido administrativo, com o objetivo único e exclusivo de concessão da segurança para declaração do reconhecimento do direito do Impetrante ao abono de permanência do período de 01.07.1978 a 28.02.1983. Não se trata, portanto, de segurança interposta para o fim de imposição de pagamento de valor do referido abono naquele período. Mas, repita-se, tão somente com o propósito de declaração do direito do Impetrante ao benefício referido, o qual foi negado pelo ato administrativo do Conselho Superior da Magistratura.

Nesse sentido aduz que:

O abono de permanência foi regulado na Constituição Federal, a qual, quanto à aquisição desse direito, exige tão somente o preenchimento dos requisitos por ela estabelecidos, não havendo qualquer norma legal que modifique ou restrinja essa situação normativa constitucional, bem como as normas constitucionais exigem para o reconhecimento do direito ao abono de permanência de magistrado tão somente os requisitos por ela especificados e em momento algum restringe esse direito em relação a período pretérito de averbação de tempo de serviço, obviamente desde que preenchidos os demais requisitos legais para tanto, como é o caso destes autos. De outro ângulo, a norma relativa ao abono de permanência independe de requerimento do beneficiário, pois que se trata de reconhecimento automático, vez que a Constituição Federal exige, repita-se, tão somente a implementação dos requisitos normativos, independentemente de requerimento ou qualquer outra condição, como assim tem decidido, além de outros, este E. Tribunal, considerando que se trata de norma constitucional de eficácia plena, ou seja, que possui aplicabilidade direta, imediata e integral.

Afirma que:

Depreende-se da certidão expedida pelo Conselho Superior da Magistratura, segunda parte (certidão anexa) que, nos termos da lei, o Tribunal de Justiça passou a remunerar o Impetrante com o abono de permanência a partir de março de 2010, ocasião em que preencheu todos os requisitos necessários para tanto, como a idade, tempo de carreira e tempo de contribuição previdenciária (art. 2º, EC n. 41/2003), motivo da concessão de ofício do benefício pelo TJMS, tudo de conformidade com seus registros funcionais. De sorte que tendo sido reconhecido, posteriormente, o tempo pretérito de contribuição do impetrante por decisão do INSS (maio/2004), o qual somente não foi averbado antes pela ilegalidade praticada pelo mesmo Instituto quanto aos critérios de cálculo da contribuição previdenciária, bem como pela demora da prolação da decisão no recurso em mandado de segurança pelo TRF3 (a qual corrigiu a violação da lei pelo INSS), evidentemente que o abono de permanência deveria ter se iniciado quatro (4) anos e oito (8) meses antes, quando, nos termos da lei, já cumpridos todos os requisitos para a concessão da sua aposentadoria voluntária proporcionalmente ao seu tempo de contribuição e de conformidade com o disposto no art. 2º e seus incisos, da Emenda Constitucional nº 41/2003 e do art. 8º, § 1º, da Emenda Constitucional 20, de 16.12.1998, esta vigente na época do pedido administrativo da averbação do tempo de serviço acima mencionado. O fato de a averbação de parte do seu tempo de serviço ter ocorrido somente posteriormente, não pode aniquilar o seu direito (art. 3º, § 1º, da EC n. 41/2003) ao abono de permanência do período pretérito declarado pelo INSS na via administrativa, diga-se de passagem, por circunstâncias alheias ao

alcance do Impetrante, pois que requereu o reconhecimento desse tempo em 2003, tendo seu pedido sido acolhido em 2004 pelo INSS, mas cujo tempo não pôde ser averbado naquela época por exigência manifestamente ilegal do próprio INSS quanto aos critérios de cálculos da contribuição previdenciária devida, motivo de impetração de mandado de segurança na Justiça Federal. De outro ângulo, impende asseverar que não tivesse o INSS praticado a ilegalidade de deturpar a forma de cálculo das contribuições devidas, o Impetrante teria averbado o tempo de serviço em 2004, quando efetivamente reconhecido, e já teria tempo para se aposentar de forma proporcional em julho de 2005 e, portanto, direito ao abono de permanência a partir de então, ou seja, quatro (4) anos e oito (8) meses antes da data do início do pagamento desse abono que se deu em março de 2010. E, nestas circunstâncias, tendo o Impetrante permanecido em atividade, nos termos da lei, adquiriu o direito ao abono de permanência do referido período anterior que lhe seria concedido de ofício por esse Tribunal. Ademais, convém realçar que por ocasião da averbação do tempo pretérito de serviço efetivada nos assentos funcionais do Impetrante em 2015, este já havia adquirido o direito a esse tempo desde 2004, com o reconhecimento oficial e explícito do próprio INSS em decisão administrativa pelo cumprimento dos requisitos legais para tanto (certidão anexa). Mesmo porque o mandado de segurança impetrado no TRF3 se deu tão somente para efeito de corrigir a ilegalidade do cálculo do recolhimento previdenciário da época referida (01.07.1978 a 28.02.1983), vez que o tempo de serviço já havia sido aprovado em 2004 pelo mencionado Instituto. Cabe ponderar que por ocasião do requerimento administrativo perante o INSS somente faltava ao Impetrante o requisito do tempo de contribuição, porque já preenchidos todos os demais requisitos (incisos I e II, do art. 2º, da EC n. 41/2003). Passou a preencher também o requisito do inciso III com a averbação do tempo de serviço acima mencionado, a qual somente não ocorreu anteriormente, repita-se, por imposição manifestamente ilegal do INSS, cuja injustiça somente foi sanada com a decisão do TRF da 3ª Região acima já aludida, mas o que ocorreu somente após a aposentadoria do Impetrante. Não há qualquer impedimento ou restrição legal ao reconhecimento do direito ao abono de permanência de tempo passado.

Ressalta que:

O abono de permanência foi concedido ao Impetrante conforme seus assentos funcionais nesse E. Tribunal, matéria que não está em discussão. Ocorre, entretanto, que o período relativo ao pedido de declaração do direito ao abono de permanência (07/78 a 02/83) não pôde ser averbado nos registros funcionais do Impetrante já em 2004 (quando efetivamente reconhecido) por ato manifestamente ilegal do INSS quanto aos critérios de cálculos da contribuição previdenciária respectiva, o que somente foi possível a partir do cumprimento da decisão judicial proferida pelo TRF3 com a elaboração dos cálculos de forma correta que possibilitou o respectivo recolhimento e expedição da certidão do INSS, esta datada de 30.03.2015 (doc. anexo). De sorte que o retardamento da possibilidade da averbação do tempo de serviço perante este Tribunal se deu por manifesta violação da lei pelo INSS (reconhecida por decisão do TFR3), o qual não pode, por óbvio, prejudicar a declaração do direito do impetrante ao abono de permanência do lapso temporal mencionado, mormente porque permaneceu em atividade após ter cumprido todos os requisitos alusivos ao aludido abono também daquele período. Cabe repetir que não fosse o ato ilegal da Administração (INSS) o Impetrante já teria averbado referido tempo em 2004 e, assim, teria adquirido o direito ao abono, que é automático, em julho de 2005. E esse direito, obviamente, não pode ser prejudicado por irresponsabilidade da Administração (INSS) sem qualquer participação culposa do Impetrante, mormente porque requereu na área administrativa o reconhecimento do tempo se serviço ainda em 2003. Apenas para complementar, é de se destacar que a impossibilidade jurídica a que se referiu a parte do voto acima transcrito somente teria pertinência caso houvesse disposição expressa que proibisse a declaração do direito do Impetrante ao abono de permanência de tempo pretérito, o que não é o caso dos autos. Muito pelo contrário, devido ao princípio de interpretação favorável ao beneficiário no direito previdenciário é indiscutivelmente

jurídica a pretensão do Impetrante à declaração do seu direito àquele benefício com fulcro nas disposições constitucionais quanto à matéria já citadas. Infere-se do último parágrafo do trecho do voto acima citado que pretendeu poupar os cofres públicos do pagamento do abono de permanência ao Impetrante, mas em detrimento do legítimo direito deste, o que se constitui em ilegalidade e locupletamento da Administração, vez que no período a que se refere o pedido do abono, a contribuição previdenciária foi descontada dos seus vencimentos. ... Com relação à afirmação no voto de que o Impetrante não concordou com as contribuições previdenciárias com base em seu rendimento atual de magistrado do período pretérito, cabe ponderar que se trata de matéria discutida especificamente no mandado de segurança decidido pelo TRF3, no qual foi reconhecida a violação da lei pelo INSS e determinada a elaboração de novos cálculos com as diretrizes legais. E a decisão proferida pelo TRF3, já transitou em julgado, portanto, a matéria decidida não comporta mais qualquer discussão ou decisão por estar coberta pelo manto da coisa julgada. Ademais disso, impende esclarecer que o Impetrante contribuiu para a Previdência na época em que trabalhou na iniciativa privada e na condição de autônomo, e a partir de fevereiro de 1983, passou a contribuir com base na integralidade de seus rendimentos na função de Promotor de Justiça, até setembro de 1986, quando ingressou na magistratura e passou a recolher a contribuição previdenciária calculada sobre o seu rendimento de juiz de direito estadual, o que fez por cerca de 25 anos, até sua aposentadoria voluntária. Portanto, o recolhimento previdenciário foi efetivado, Inclusive, no período compreendido entre o reconhecimento pelo INSS do tempo de serviço do Impetrante de 07/78 a 02/83 (2004), até a concessão do benefício do abono pelo TJMS (março de 2010). Portanto somado o tempo de serviço reconhecido em 2004 ao tempo já averbado anteriormente, o Impetrante faz jus ao abono permanente quatro (4) anos e oito (8) meses antes da data em que foi concedido de ofício por esse E. Tribunal em 2010, ou seja, a partir de julho de 2005. Mesmo porque, repita-se, no acima referido período (de 2004 a 2010), a contribuição previdenciária foi descontada dos vencimentos do Requerente, mês a mês, cujo desconto, a partir do reconhecimento do tempo de serviço, tornou-se manifestamente indevido, razão pela qual se impõe a declaração do direito do Impetrante ao abono mencionado naquele lapso temporal. Mesmo porque em caso contrário haveria locupletamento da Administração em detrimento do Impetrante. De sorte que se invoca nesta passagem o princípio da razoabilidade, no sentido diametralmente oposto àquele mencionado no trecho do voto logo acima transcrito. Com relação à afirmação de que somente seria devido o abono de permanência pretérito acaso o Tribunal de Justiça incorresse em ilegalidade, e que agiu este de conformidade com a lei, merece considerações. Impende esclarecer que conquanto o TJMS não tenha incorrido em qualquer ilegalidade, o certo é que a Administração (INSS) praticou efetiva violação da lei, inclusive reconhecida expressamente por decisão judicial prolatada em mandado de segurança impetrado perante o TRF3 (doc. anexo. Destarte, tendo havido ilegalidade praticada pela Administração (INSS) que impossibilitou o impetrante de averbar o tempo de serviço em 2004, quando reconhecido pela própria administração, cuja averbação só foi possível em 2015 quando o INSS, em cumprimento à decisão judicial, efetuou os cálculos devidos e expediu a respectiva certidão, é jurídica e perfeitamente possível o reconhecimento e declaração do direito do Impetrante ao abono de permanência, proporcionalmente ao período somente posteriormente averbado. Mesmo porque, repita-se, há que se interpretar a lei relativa à previdência de forma mais salutar para o beneficiário e, principalmente, porque não há qualquer previsão legal que impeça a declaração desse direito de período pretérito, razão pela qual nossos Tribunais, inclusive esse Sodalício, têm decidido pelo cabimento do direito ao abono de permanência de período pretérito (decisões do STJ, TJMS e TRFs neste sentido já citadas anteriormente). Conclui-se, assim, que apesar de não ter o TJMS praticado qualquer irregularidade quanto ao abono permanência do Impetrante, o mesmo não se pode dizer do INSS, que praticou ato ilegal expressamente reconhecido por decisão judicial em mandado de segurança interposto pelo ora Impetrante perante a Justiça Federal.

Assim, pugna o impetrante pela concessão da segurança para o fim de declarar o seu direito ao abono permanência alusivo a quatro (4) anos e oito (8) meses, relativo ao período de julho de 2005 a fevereiro de 2010, f. 01/30.

Não houve pedido liminar.

As informações foram prestadas pela autoridade apontada como coatora, f. 461/465.

Instado a integrar a lide na condição de litisconsórcio passivo necessário, o Estado de Mato Grosso do Sul, apresentou informações no sentido de que *"concorda com as informações apresentadas pelo Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul ás folhas 461/465, não havendo nada a acrescentar"*.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança, f. 486/492.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

A segurança deve ser denegada.

Em informações, noticiou a autoridade apontada como coatora:

> *(...)*
>
> *O presente mandamus tem por objeto decisão proferida no recurso administrativo nº 066.335.0003/2015, em que foi negado o reconhecimento do direito do impetrante à percepção do abono de permanência correspondente ao período de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses, em virtude de averbação de tempo de contribuição anterior à atividade jurisdicional (01.07.1978 a 28.02.1983), cujo reconhecimento deu-se judicialmente por intermédio de demanda proposta contra o INSS.*
>
> *Sustenta que a decisão atacada fundou simplesmente no fato de já ter sido concedido o abono de permanência com relação ao tempo de contribuição constante dos registros funcionais do impetrante até março de 2010, bem como não haver lei que obrigue o pagamento retroativo do abono em relação a tempo de serviço averbado somente posteriormente.*
>
> *Argumenta que a viabilização administrativa da averbação do tempo de serviço que ora requer somente ocorreu em 2015, por intervenção do Poder Judiciário (TRF3), para coibir ilegalidade praticada pelo INSS quanto aos cálculos das contribuições previdenciárias do respectivo período. E uma vez suprimida a ilegalidade – nos termos da decisão judicial - e efetivados os cálculos corretamente, as contribuições previdenciárias foram devidamente recolhidas, quando então o INSS expediu a certidão respectiva, a qual possibilitou a averbação em seus assentos funcionais neste E. Tribunal somente a partir de então.*
>
> *Aduz que uma vez averbado o seu tempo de contribuição referente ao aludido período, o pagamento do abono de permanência deveria ter se iniciado 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses (1700 dias) antes, quando já havia cumprido todos os requisitos para a concessão da sua aposentadoria voluntária proporcionalmente ao tempo de contribuição.*
>
> *Assim, considerando que devido ao ato ilegal do INSS, a respectiva averbação somente pode ocorrer em data posterior à sua aposentadoria, pede, ao final, seja declarado o seu direito ao abono de permanência referente a 04 (quatro) anos e 8 (oito) meses, relativo ao período de julho/2005 a fevereiro/2010.*

In casu, em que pese toda a fundamentação fática e jurídica esboçada pelo impetrante, não se vislumbra a ilegalidade do ato apontado como coator.

Inicialmente, é importante salientar que a aposentadoria voluntária do impetrante ocorreu em 22.07.2011, com proventos integrais e paridade, fundada no artigo 40, § 1°, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, c/c artigo 3º da Emenda Constitucional n° 47/05 e artigos 224 e 225 da Lei n° 1.511/94 (CODJ/MS), conforme Portaria n° 513, de 20.11.2011 (Diário da Justiça n° 2468).

Ademais, o Tribunal iniciou o pagamento do abono de permanência em 06.03.2010, em razão de ser esta a data em que o impetrante completou o tempo de serviço e demais requisitos legais necessários, à época, para a concessão de aposentadoria proporcional, conforme consta na Certidão do Conselho Superior da Magistratura n° 066.477.029.0021/2014 (f. 56)

Inclusive, quando do reconhecimento do direito à percepção do abono de permanência ao impetrante, não havia o Mandado de Segurança n° 2004.60.02.003483-4/MS sido julgado e, por conseguinte, sequer existia a Certidão do INSS relativa às contribuições previdenciárias do período de 26.07.1978 a 25.02.1983. Também, de acrescer que na noticiada decisão judicial inexiste qualquer determinação para que o Tribunal arque com o pagamento retroativo do abono de permanência relativo ao período pleiteado.

Nesse sentido, por ocasião do julgamento do Recurso Administrativo nº 066.164.001/2016, fundamentou o Des. Paschoal Carmello Leandro em seu voto, verbis:

Cumpre asseverar que ao tempo o início do referido pagamento, o supramencionado Mandado de Segurança não havia sido julgado, e assim, não haveria que se falar em tempo de contribuição no período de 01.07.1978 a 25.02.1983.

Posteriormente, o mandamus foi julgado e assim restou decidido: 'Diante do exposto, nos termos do artigo 557, §1º-A, do Código de Processo Civil, dou parcial provimento ao recurso de apelação do impetrante e concedo parcialmente a segurança para reconhecer seu direito de recolher as contribuições referentes ao tempo de serviço prestado na condição de contribuinte individual, observando-se a legislação vigente à época dos respectivos fatos geradores, na forma da fundamentação acima'. grifei

Assim, observa-se que o decisum não determina que seja concedido o pagamento retroativo do abono de permanência relativo ao período requerido, mas tão somente ao direito do recorrente de recolher as contribuições.

Desta feita, o que se conclui é que este Tribunal agiu estritamente de acordo com os ditames da lei, atendendo ao princípio da legalidade, não podendo assim, posteriormente, inovar as averbações sem embasamento legal e/ou judicial.

Resta evidente, portanto, que o Tribunal efetuou o pagamento do abono de permanência do impetrante cumprindo estritamente os mandamentos legais, conforme deve-se pautar a Administração Pública, que só pode agir dentro dos ditames expressos admitidos em lei.

Como leciona Hely Lopes Meirelles[1] *'a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso'.*

1 *in* MIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

Por outro lado, querer o impetrante ser indenizado em virtude de averbação tardia de tempo de serviço reconhecido judicialmente e que tampouco era de conhecimento da Administração do Tribunal, desvirtua o próprio instituto do abono de permanência, que serve de estímulo àqueles que, mesmo tendo preenchido os requisitos exigidos para se aposentarem, voluntariamente, optam por permanecer na ativa, o que nem de longe é o caso dos autos, já que o insurgente se encontra na inatividade desde 2011.

A propósito ponderou o Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, por ocasião do julgamento da decisão administrativa guerreada, verbis:

'Ora, o Abono de Permanência é um incentivo, criado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, pago ao servidor ou magistrado que já preencheu todos os requisitos para se aposentar, mas opta por permanecer na ativa. Portanto, para requerer tal benefício, primeiramente, o magistrado não pode estar aposentado ou sequer possuir processo de aposentadoria em andamento.

(...)

Neste particular, o pagamento do abono de permanência nos dias atuais ao recorrente, importaria em desvirtuar o próprio instituto à medida que se consubstanciaria em arcar com a aposentadoria do magistrado recorrente, com os proventos para outro magistrado da ativa e mais ainda do abono de permanência pretendido.

(...)

Doutra parte, também está implícito o princípio da razoabilidade das decisões para aferir a legalidade de certos atos administrativos. Os interesses individuais do recorrente não podem se sobrepor ao interesse público, sendo certo que não há falar em invalidação ou saneamento de atos pretéritos desconformes, haja vista no caso em apreço não restam dúvidas de que a administração pública agiu em conformidade com o ordenamento jurídico.

Pelos motivos expostos, a denegação da segurança pleiteada revela-se medida de justiça, considerando a ausência de direito líquido e certo a amparar o ato apontado pelo impetrante como coator.

(...)

Antecipo que razão não assiste ao impetrante.

Dispõe o artigo 40, § 19, da Constituição Federal:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

(...)

§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II.

Como se observa, o abono de permanência, previsto no § 19, do artigo 40, da Constituição Federal consiste em benefício instituído pela lei maior, para incentivar o servidor que preencheu os requisitos para se aposentar, a permanece na ativa, promovendo assim, economia para o Estado que, com a permanência do servidor que posterga a dupla despesa de pagar proventos a este e remuneração ao que o substituirá.

Conforme consta dos autos: (i) o impetrante passou a perceber o pagamento de abono de permanência em 06 de março de 2010, data esta em que preencheu os requisitos legais para benesse e (ii) o impetrante aposentou-se voluntariamente em 22 de julho de 2011.

In casu, o impetrante afirma que teria direito ao recebimento do abono de permanência 4 anos e 8 meses antes - referente ao período de 26/07/1978 a 25/02/1983, que só foi averbado em 2015, em razão de decisão judicial transitada em julgado.

Período este em que o impetrante teria exercido trabalho autônomo e não teria feito o recolhimento previdenciário.

Como forma de digressão, o que se observa dos autos é o seguinte:

(i) o impetrante durante 26/07/1978 a 25/02/1983, quando era estagiário de direito – 07/78 a 04/80 e autônomo – 04/80 a 02/83, não procedeu o recolhimento previdenciário como autônomo;

(ii) ingressou na magistratura em setembro de 1986;

(iii) em 23/04/2003 ingressou com pedido administrativo perante o INSS para reconhecimento, e pagamento, do período compreendido no item (i);

(iv) em 25/05/2004 o INSS, entendendo que em tal período o impetrante enquadrava-se na condição de contribuinte individual deferiu o pleito administrativo;

(v) foi apresentado o cálculo do período ao impetrante, tendo com base de cálculo o limite máximo do salário base do contribuinte individual;

(vi) inconformado com tal decisão o impetrante manejou mandado de segurança na Justiça Federal sendo-lhe concedida a ordem – decisão transitada em julgado 31/08/2011;

(viii) o impetrante passou a perceber o pagamento de abono de permanência em 06 de março de 2010;

(viii) o impetrante aposentou-se voluntariamente em 22/07/2011;

(ix) o impetrante com o transito em julgado do mandado de segurança efetuou o pagamento das contribuições individuais devidas, certidão emitida pelo INSS em 30.03.2015;

(x) o impetrante averbou no Conselho Superior da Magistratura o tempo de serviço referente ao período de 26/07/1978 a 25/02/1983;

(xi) após o deferimento da averbação do tempo pretérito, o impetrante pleiteou o reconhecimento do seu direito ao abono de permanência do período de 01.07.1978 a 28.02.1983.

(xii) o Presidente desta Corte, Des. João Maria Lós, monocraticamente, indeferiu, administrativamente, a pretensão do impetrante, f. 85/89. Vejamos:

Trata-se de pedido de pagamento retroativo de abono de permanência formulado pelo Dr. João Mathias Filho, Magistrado aposentado, relativo ao período de 01/07/1978 a 28/02/1983, totalizando 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses, ou 1.700 dias.

Relata o requerente que ingressou na Magistratura do Estado de Mato Grosso do Sul em setembro de 1986 e aposentou-se voluntariamente com proventos integrais e paridade em julho de 2011.

Informa que realizou pedido administrativo junto ao INSS relativo à averbação de tempo de contribuição do período anterior à atividade jurisdicional, quando trabalhou como autônomo, de 26/07/1978 a 25/02/1983.

Alega que, embora o referido órgão tenha reconhecido o tempo de serviço em questão, estabeleceu a elaboração de cálculo por parâmetros ilegais, motivo pelo qual impetrou o Mandado de Segurança n° 2004.60.02.003483-4/MS.

O processo supracitado foi objeto de Apelação Cível perante a 7ª Turma do Tribunal Regional da 3ª Região, através da qual foi concedida parcialmente a segurança para reconhecer o direito de recolher as contribuições referentes ao tempo de serviço prestado na condição de contribuinte individual, devendo ser observada a legislação vigente à época dos fatos gerados.

Assim sendo, o requerente formulou pedido ao juízo de origem objetivando a determinação do INSS de novo cálculo da contribuição previdenciária, conforme as diretrizes determinadas judicialmente.

Com a expedição de Certidão pelo INSS, em 30/03/2015, o requerente solicitou a averbação do tempo de serviço nos seus registros funcionais perante o TJMS, o qual foi deferido.

Diante disso, afirma o requerente que faz jus ao abono de permanência relativo ao período de 26/07/1978 a 25/02/1983, uma vez que se o INSS não tivesse procedido os cálculos das contribuições de forma ilegal, já teria tempo para se aposentar de forma proporcional, com fulcro no artigo 3º, § 1°, da Emenda Constitucional n° 41/2003 e no artigo 8º, § 1°, da Emenda Constitucional n° 20/1998.

Oportuno ressaltar que o abono de permanência do requerente começou a ser pago por este Tribunal de Justiça a partir de março de 2010, quando preencheu os requisitos necessários para a concessão de aposentadoria.

Por tais razões, requer o pagamento do abono de permanência do período de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses, ou 1.700 dias, correspondente ao interstício de 26/07/1978 a 25/02/1983, com a devida atualização monetária e juros de mora previstos legalmente.

É o breve relatório. Passo a decidir.

Pois bem, o recorrente afirma fazer jus ao abono de permanência do tempo anterior à atividade jurisdicional, relativo ao período de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses, ou 1.700 dias, correspondente ao interstício de 26/07/1978 a 25/02/1983, o qual só foi averbado posteriormente em razão de decisão judicial que reconheceu a ilegalidade dos cálculos procedidos pelo INSS.

Insta salientar que a aposentadoria voluntária do requerente ocorreu em 22 de julho de 2011, com proventos integrais e paridade, fundada no artigo 40, § 1°, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, c/c artigo 3º da Emenda Constitucional n° 47/05 e artigos 224 e 225 da Lei n° 1.511/94 (CODJ/MS), conforme Portaria n° 513 de 20/11/2011 (Diário da Justiça n° 2468).

Ademais, o TJMS iniciou o pagamento do abono de permanência em 06 de março de 2010, em razão de ser a data em que o requerente completou o tempo de serviço e demais requisitos legais necessários, à época, para a concessão de aposentadoria proporcional, conforme consta na Certidão do Conselho Superior da Magistratura n° 066.477.029.0021/2014 (f. 12).

Deste modo, constata-se que essa Corte de Justiça concedeu a aposentadoria e o respectivo pagamento de abono de permanência ao requerente com base na legalidade e preenchimento dos requisitos exigidos ao tempo do pedido de aposentadoria voluntária, momento em que o Mandado de Segurança n° 2004.60.02.003483-4/MS ainda não havia sido julgado e, por conseguinte, inexistia Certidão do INSS relativa às contribuições previdenciárias do período de 26/07/1978 a 25/02/1983.

Não obstante, na decisão da ação supracitada inexiste qualquer determinação judicial para que este Sodalício conceda o pagamento retroativo do abono de permanência relativo ao período pleiteado.

Verifica-se, portanto, que o TJMS efetuou o pagamento do abono de permanência do requerente cumprindo estritamente os mandamentos legais à época da concessão da aposentadoria, não podendo, por óbvio, considerar o período de 26/07/1978 a 25/02/1983 reconhecido e averbado somente em 31 de agosto de 2015, conforme Certidão do Conselho Superior da Magistratura n° 066.477.029.0501/2015 (f. 14).

A Administração Pública deve pautar-se pelo critério da estrita legalidade, o que significa que só pode agir dentro dos ditames expressos admitidos em lei. Não se dá ao ente público liberdade para realizar pagamentos que não estejam estritamente dentro dos ditames legais.

Como leciona Hely Lopes Meirelles: a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Desta forma, no caso, a administração deste Tribunal de Justiça já realizou o pagamento do abono de permanência ao requerente dentro dos parâmetros legais, à época em que eram devidos. Não há possibilidade de se realizar novo pagamento agora, sem que haja expressa previsão legal, sob pena de incorrer-se até mesmo em crime de responsabilidade e improbidade administrativa.

Diante do exposto, indefiro o pedido de pagamento retroativo de abono de permanência formulado pelo Dr. João Mathias Filho, Magistrado aposentado, relativo ao período de 01/07/1978 a 28/02/1983, totalizando 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses, ou 1.700 dias.

(...)

(xiii) inconformado, o ora impetrante, recorreu, administrativamente, ao Conselho Superior da Magistratura, que, por maioria, diga-se, Des. Paschoal Carmello Leandro e Claudionor Miguel Abss Duarte, manteve o entendimento do Presidente, vencido o Des. Julizar Barbosa Trindade. Por oportuno transcrevo, integralmente, a ementa e o acórdão do Conselho Superior da Magistratura, f. 147/154:

EMENTA – PEDIDO DE PAGAMENTO DE ABONO DE PERMANÊNCIA RETROATIVO – PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – REQUISITOS AO TEMPO DA CONCESSÃO - REDISCUSSÃO DE MATÉRIA DECIDIDA – MANUTENÇÃO DA DECISÃO POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS – RECURSO IMPROVIDO.

1 - Este Tribunal agiu estritamente de acordo com os ditames da lei, atendendo ao princípio da legalidade, não podendo assim, posteriormente, inovar as averbações sem embasamento legal e/ou judicial.

2 - Não há razão para rediscussão da matéria, se o recorrente não trouxe novos elementos fáticos ou jurídicos capazes de alterar a decisão monocrática prolatada.

3 – Recurso que se nega provimento. (Recurso Administrativo - N. 066.164.0001/2016; Relator: Des. Paschoal Carmello Leandro; Recorrente: João Mathias Filho, Magistrado Aposentado; Recorrido: Presidente do TJ/MS; Data do Julgamento: 15.3.2016; Órgão Julgador: Conselho Superior da Magistratura)

(...)

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro

Trata-se de Recurso Administrativo interposto pelo Dr. João Mathias Filho, contra decisão do Presidente deste Tribunal, que indeferiu o pedido de pagamento retroativo do abono de permanência, referente ao período de 01.07.1978 a 28.02.1983.

Defende a aplicabilidade do art. 3º, §1º da EC 41/03, o qual determina o pagamento do abono de permanência desde que reconhecidos os requisitos legais para tanto.

Sustenta ainda, que se o INSS não tivesse cometido a ilegalidade de deturpar a forma de cálculo das contribuições devidas, já teria tempo de se aposentar de forma proporcional nos termos do referido dispositivo, e ainda 4 anos e 8 meses antes da data do início do pagamento do abono de permanência, que se iniciou em março de 2010.

Por fim, requereu a reforma da decisão administrativa monocrática ora refutada, para o fim de deferir o pedido de elaboração de cálculos do abono de permanência e do respectivo pagamento, alusivo ao período de 04 anos e 08 meses (agosto de 2005).

Eis a síntese do necessário.

Pois bem, o pleito fora indeferido, ao fundamento de que, na decisão de Mandado de Segurança nº 2004.60.02.003483-4/MS inexistia qualquer determinação judicial para que este Sodalício concedesse o pagamento retroativo do abono de permanência relativo ao período pleiteado.

Não obstante os argumentos expostos pelo recorrente, vejo que não lhe assiste razão, principalmente por respeito ao princípio da legalidade.

Na data em que o recorrente preencheu os requisitos para concessão da aposentadoria voluntária proporcional, este Sodalício iniciou o pagamento do abono de permanência (06.03.2010), cumprindo com os ditames legais constitucionais.

Cumpre asseverar que ao tempo o início do referido pagamento, o supramencionado Mandado de Segurança não havia sido julgado, e assim, não haveria que se falar em tempo de contribuição no período de 01.07.1978 a 25.02.1983.

Posteriormente, o mandamus foi julgado e assim restou decidido: Diante do exposto, nos termos do artigo 557, § 1º A, do Código de Processo Civil, dou parcial provimento ao recurso de apelação do impetrante e concedo parcialmente a segurança para reconhecer seu direito de recolher as contribuições referentes ao tempo de serviço

prestado na condição de contribuinte individual, observando-se a legislação vigente à época dos respectivos fatos geradores, na forma da fundamentação acima. grifei.

Assim, observa-se que o decisum não determina que seja concedido o pagamento retroativo do abono de permanência relativo ao período requerido, mas tão somente ao direito do recorrente de recolher as contribuições.

Desta feita, o que se conclui é que este Tribunal agiu estritamente de acordo com os ditames da lei, atendendo ao princípio da legalidade, não podendo assim, posteriormente, inovar as averbações sem embasamento legal e/ou judicial.

Ademais, não há razão para rediscussão da matéria, se o recorrente não trouxe novos elementos fáticos ou jurídicos capazes de alterar a decisão refutada.

Assim, diante de todo o exposto, voto pelo improvimento do recurso administrativo.

(...)

VOTO DE VISTA

O Sr. Des. Julizar Barbosa Trindade (1º Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor análise da questão posta em discussão.

E, em que pese a fundamentação lançada pelo i. Relator, tenho que a súplica merece provimento.

Trata-se de Recurso Administrativo interposto pelo magistrado aposentado Dr. João Mathias Filho contra decisão do il. Presidente deste Sodalício, que indeferiu seu pedido de pagamento retroativo do abono de permanência referente ao período de 01/07/1978 a 28/02/1983.

Alega, em apertada síntese, que faz jus ao pagamento retroativo, porquanto o tempo de contribuição referente ao período mencionado foi averbado apenas posteriormente, em face de decisão judicial proferida em mandado de segurança.

O i. Relator, mantendo a decisão recorrida, vota no sentido de se negar provimento ao recurso, alegando que o abono de permanência foi pago ao requerente à época cumprindo estritamente os ditames legais e que o 'decisum' do mandado de segurança, julgado posteriormente, não determinou que fosse concedido o pagamento retroativo do abono de permanência, não podendo este Tribunal, por estar adstrito ao princípio da legalidade, inovar as averbações sem embasamento legal e/ou judicial.

Peço vênia para divergir de seu voto, pois tenho que o recurso merece provimento.

Com efeito, o abono de permanência, instituído pela Emenda Constitucional n.º 41, de 19.02.2003, corresponde a uma gratificação concedida ao servidor que, já tendo preenchido todos os requisitos legais para a aposentadoria voluntária, decide permanecer em atividade. Está previsto no art. 40, § 19, da Constituição Federal, 'in verbis':

§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II (Incluído pela Emenda Constitucional n. 41, de 19.02.2003).

No caso dos autos, verifica-se que o recorrente preencheu os requisitos necessários e obteve o abono de permanência em março de 2010, quando passou a perceber o benefício, tendo se aposentado efetivamente apenas em 2011.

Ocorre que em 2003, portanto bem antes da sua aposentadoria, havia ingressado com pedido administrativo perante o INSS para ver reconhecida sua condição de segurado, como autônomo, no período de 26/07/1978 a 25/02/1983, tendo referida autarquia, em que pese reconhecer tal condição, determinado a elaboração do cálculo da contribuição previdenciária devida adotando diretrizes manifestamente ilegais, as quais foram impugnadas via mandado de segurança, fato que naquele momento impediu a expedição da respectiva certidão para averbação do tempo de serviço neste Tribunal, o que só foi possível anos depois, no dia 30/03/2015, após decisão definitiva do mérito.

Logo, o tempo de serviço referente ao período de 26/07/1978 a 25/02/1983, reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, só não foi averbado antes da aposentadoria do recorrente em razão da ilegalidade praticada pelo INSS e a demora da decisão no mandado de segurança que impetrou. Não fosse isso, teria ele direito a se aposentar 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses antes ou optar por permanecer em atividade e receber o respectivo abono de permanência, de sorte que, segundo penso, não pode ser prejudicado.

Como se não bastasse, a sentença concessiva da segurança declarou o direito do recorrente (v. p. 16 do processo administrativo) e tendo natureza declaratória possui efeitos 'ex tunc', restabelecendo o 'status quo ante', para que sejam preservados todos os direitos atingidos pela ilegalidade reconhecidamente praticada pelo INSS.

É dizer que, retornando ao ano de 2004, o recorrente pudesse recolher corretamente a contribuição previdenciária e obter a respectiva certidão do tempo de serviço referente ao período de 01.07.1978 a 28.02.1983, que seria regularmente averbada por este Tribunal, fazendo com que pudesse se aposentar ou optar por perceber o abono de permanência em data anterior à que efetivamente ocorreu.

Sobre o efeito das decisões deste jaez:

EMENTA - PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇAO - EFEITO DA SENTENÇA OU ACÓRDAO CONCESSIVO DE SEGURANÇA - OMISSÃO

1. A decisão concessiva de segurança tem efeito ex tunc por ser de índole declaratória.

(...) (STF, EDcl no RMS 11.062/MS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em DJ 29.10.2001) (sem grifo no original).

Outrossim, conforme informação da Secretaria do Conselho Superior da Magistratura (p. 54), resta evidente que o recorrente, na data de 06/07/2005 (retroação de março de 2010 - data em que passou a receber abono de permanência e considerando os 1700 dias averbados), também já tinha completado todos os demais requisitos para sua aposentação ou gozo do abono de permanência, isto porque, tendo ingressado no serviço público em 29 de setembro de 1986, já contava com mais de 53 (cinquenta e três) anos de idade (nascido em 07 de março de 1951), mais de 05 (cinco) anos de efetivo exercício no cargo em que se daria a aposentadoria e, ainda, na época um tempo total de mais de 38 (trinta e oito) anos de contribuição.

Assim, por entender que razão assiste ao recorrente, peço vênia para divergir do i. Relator, para o fim de votar no sentido de dar provimento ao recurso, reconhecendo que ele

possui direito ao abono de permanência pelo período averbado posteriormente, ou seja, o correspondente a 01.07.1978 a 28.02.1983, cujo montante deverá ser buscado junto ao setor competente.

(...)

VOTO DE VISTA

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte (2º Vogal)

Trata-se de Recurso Administrativo interposto por João Mathias Filho, magistrado aposentado, objurgando decisão do Presidente deste Tribunal de Justiça, que indeferiu pedido de pagamento retroativo de abono de permanência, referente ao período de 01/07/1978 a 28/02/1983, totalizando 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses, ou 1.700 dias.

Acompanho o relator.

Entrementes, peço-lhe vênia para acrescentar, ainda, os seguintes fundamentos.

Em consonância com o sustentado pelo recorrente, ele efetivou pedido administrativo perante o INSS com o objetivo de averbação de tempo de contribuição do período anterior à atividade jurisdicional, qual seja, 26/07/1978 a 25/02/1983.

Não obstante o INSS ter reconhecido o tempo de serviço em questão, ingressou com Mandado de Segurança para discutir os parâmetros da elaboração dos cálculos relacionados às contribuições do tempo de serviço prestado na condição de contribuinte individual.

Após finalizado o processo judicial, de posse da certidão expedida pelo INSS somente na data de 30/03/2015, quando já estava aposentado, solicitou a averbação do tempo de serviço pretérito em seus registros funcionais perante o TJMS, o que foi deferido.

Portanto, constata-se que o recorrente pretende agora perceber abono de permanência a despeito de já estar desfrutando de sua aposentadoria, desde o ano de 2011.

Ora, o Abono de Permanência é um incentivo, criado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, pago ao servidor ou magistrado que já preencheu todos os requisitos para se aposentar, mas opta por permanecer na ativa. Portanto, para requerer tal benefício, primeiramente, o magistrado não pode estar aposentado ou sequer possuir processo de aposentadoria em andamento.

A propósito, uma vez adquirido o direito ao abono de permanência, o seu pagamento persiste enquanto o servidor ou magistrado mantiver vínculo ativo com o Poder Público, até alcançar a aposentadoria voluntária, compulsória ou por invalidez.

Com efeito, esta "verba indenizatória" não se funda, como é corrente, em ressarcimento de despesas pelo exercício do cargo ou função. A sua natureza indenizatória tem origem diversa, revelada em seu propósito de compensar o não exercício de um direito, qual seja, a aposentadoria.

Assim sendo, é certo que a Constituição da República não exige nenhum outro requisito formal para a concessão do abono, a não ser que o servidor ou magistrado permaneça em atividade após a implementação das condições para a aposentadoria.

Em consequência, de início, impõe-se ressaltar que resta controverso, nos dias de hoje, à administração deste Tribunal de Justiça, a certeza de que, realmente, no período indicado pelo recorrente, este já não teria pleiteado a sua aposentadoria, o que então, iria obstar o seu direito de percepção ao abono de permanência.

Repita-se, o Abono de Permanência é um incentivo, criado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, pago ao servidor que já preencheu todos os requisitos para se aposentar, mas opta por permanecer na ativa. Portanto, para requerer tal benefício o servidor não pode estar aposentado.

Ressalta-se, ainda, a título de exemplo, que a redução de cinco anos no requisito da idade e do tempo de contribuição para aposentadoria, de que trata o § 5º do art. 40 da Constituição Federal, concedida ao professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio, somente se presta para efeito de aposentadoria, não se aplicando tal redução para a concessão de abono de permanência, haja vista inexistir fundamento na referida norma para a concessão de abono de permanência mediante a utilização da redução do tempo de contribuição e idade permitidas para a aposentadoria.

Como acertadamente constou na decisão invectivada, o TJMS concedeu o abono de permanência e, posteriormente, a aposentadoria ao recorrente, se pautando estritamente da legalidade e preenchimento de todos os requisitos ao tempo do pedido de aposentadoria voluntária, restando impossível juridicamente agora, considerar o período de 26/07/1978 a 25/02/1983 reconhecido e averbado somente, em 31 de agosto de 2015.

Ademais, o escopo da instituição do abono de permanência se pauta em desestimular a aposentadoria de servidores e magistrados que ainda reúnem condições de desenvolver seus trabalhos e, consequentemente, desonerar a caixa previdenciária com pagamento de benefícios e, também, principalmente, o Tribunal de Justiça de substituição do aposentado e pagamento de mais um subsídio.

Neste particular, o pagamento do abono de permanência nos dias atuais ao recorrente, importaria em desvirtuar o próprio instituto à medida que se consubstanciaria em arcar com a aposentadoria do magistrado recorrente, com os proventos para outro magistrado da ativa e mais ainda do abono de permanência pretendido.

Por outro lado, conforme informado pelo próprio recorrente, na inicial, discordou da determinação do INSS de recolhimento das contribuições previdenciárias com esteio no seu rendimento à época do pedido, na qualidade de juiz de direito estadual, com o que não concordou e inclusive impetrou mandado de segurança.

Porém, agora, de forma duvidosa, pretende, com base naquele período, perceber abono de permanência, exatamente, com base no seu salário de magistrado.

Com efeito, a natureza jurídica do abono de permanência não gera, como pretende o recorrente um crédito, por ser incompatível com a previsão constitucional anteriormente referida.

Poderia o recorrente pleitear eventuais valores de abono de permanência, somente, se à época dos fatos o Tribunal de Justiça incorresse em ilegalidade, mas ao contrário, pautou-se a administração pelo princípio da estrita regularidade, cumprindo todos os mandamentos legais à época da concessão da aposentadoria e do pagamento do abono de permanência, restando impossível juridicamente, realizar novo pagamento, sem que haja previsão constitucional ou legal para tanto, sob pena de incorrer até mesmo em responsabilidade disciplinar ou improbidade administrativa.

Doutra parte, também está implícito o princípio da razoabilidade das decisões para se aferir a legalidade de certos atos administrativos. Os interesses individuais do recorrente não podem se sobrepor ao interesse público, sendo certo que não há falar em invalidação ou saneamento de atos pretéritos desconformes, haja vista no caso em

apreço não restam dúvidas de que a administração pública agiu em conformidade com o ordenamento jurídico.

O abono de permanência já gerou efeitos até a aposentadoria e o recorrente dele desfrutou, assim, situações passadas não podem ser reconstruídas por obstáculos de outras normas jurídicas, in casu, a aposentadoria, eis que o caso em tela já foi abarcado por efeitos já consumados diante da inatividade.

Com efeito, o pedido ora formulado além desses óbices de cunho jurídico, afigura-se intempestivo, razão por que nego provimento ao recurso.

(...)

Pois bem.

A questão trazida a exame perante esta Corte foi debatida, à exaustão, pelo Presidente deste Tribunal e pelo Conselho Superior da Magistratura.

O que se observa é que esta Corte, como bem foi destacado pelo Presidente e pelo Conselho Superior da Magistratura, concedeu o abono de permanência e a posterior aposentadoria ao impetrante com base nos requisitos exigidos ao tempo dos pedidos, e por óbvio, não considerou o período de 26/07/1978 a 25/02/1983, que só foram reconhecidos e averbados em 31/08/2015, ou seja, após a aposentadoria do impetrante.

Bem destacou o Presidente desta Corte:

A Administração Pública deve pautar-se pelo critério da estrita legalidade, o que significa que só pode agir dentro dos ditames expressos admitidos em lei. Não se dá ao ente público liberdade para realizar pagamentos que não estejam estritamente dentro dos ditames legais (...) a administração deste Tribunal de Justiça já realizou o pagamento do abono de permanência ao requerente dentro dos parâmetros legais, à época em que eram devidos. Não há possibilidade de se realizar novo pagamento agora, sem que haja expressa previsão legal, sob pena de incorrer-se até mesmo em crime de responsabilidade e improbidade administrativa.

Nesse mesmo sentido o Des. Paschoal Carmello Leandro no voto perante o Conselho Superior da Magistratura: *"o que se conclui é que este Tribunal agiu estritamente de acordo com os ditames da lei, atendendo ao princípio da legalidade, não podendo assim, posteriormente, inovar as averbações sem embasamento legal e/ou judicial"*.

Logo, não há irregularidade do pagamento de abono de permanência do impetrante nos moldes em que foram feitos.

Quanto ao recebimento retroativo do abono de permanência referente ao período reconhecido judicialmente, tenho que não há como prosperar tal pretensão.

O que deu azo a presente celeuma foi a própria desídia do impetrante em não recolher a contribuição previdenciária, como autônomo, ente 26/07/1978 a 25/02/1983.

Agora, depois de aposentado, valer-se da sua inércia para receber o abono de permanência retroativo ao tempo em que preencheria os requisitos legais para concessão da aposentadoria se tivesse recolhido a contribuição previdenciária como autônomo, não me parece correto.

De forma irretocável o Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, decano desta Corte, no julgamento do recurso administrativo do impetrante pontuou:

Assim sendo, é certo que a Constituição da República não exige nenhum outro requisito formal para a concessão do abono, a não ser que o servidor ou magistrado permaneça em atividade após a implementação das condições para a aposentadoria.

Em consequência, de início, impõe-se ressaltar que resta controverso, nos dias de hoje, à administração deste Tribunal de Justiça, a certeza de que, realmente, no período indicado pelo recorrente, este já não teria pleiteado a sua aposentadoria, o que então, iria obstar o seu direito de percepção ao abono de permanência.

(...)

Como acertadamente constou na decisão invectivada, o TJMS concedeu o abono de permanência e, posteriormente, a aposentadoria ao recorrente, se pautando estritamente da legalidade e preenchimento de todos os requisitos ao tempo do pedido de aposentadoria voluntária, restando impossível juridicamente agora, considerar o período de 26/07/1978 a 25/02/1983 reconhecido e averbado somente, em 31 de agosto de 2015.

Ademais, o escopo da instituição do abono de permanência se pauta em desestimular a aposentadoria de servidores e magistrados que ainda reúnem condições de desenvolver seus trabalhos e, consequentemente, desonerar a caixa previdenciária com pagamento de benefícios e, também, principalmente, o Tribunal de Justiça de substituição do aposentado e pagamento de mais um subsídio.

Neste particular, o pagamento do abono de permanência nos dias atuais ao recorrente, importaria em desvirtuar o próprio instituto à medida que se consubstanciaria em arcar com a aposentadoria do magistrado recorrente, com os proventos para outro magistrado da ativa e mais ainda do abono de permanência pretendido.

Por outro lado, conforme informado pelo próprio recorrente, na inicial, discordou da determinação do INSS de recolhimento das contribuições previdenciárias com esteio no seu rendimento à época do pedido, na qualidade de juiz de direito estadual, com o que não concordou e inclusive impetrou mandado de segurança.

Porém, agora, de forma duvidosa, pretende, com base naquele período, perceber abono de permanência, exatamente, com base no seu salário de magistrado.

Com efeito, a natureza jurídica do abono de permanência não gera, como pretende o recorrente um crédito, por ser incompatível com a previsão constitucional anteriormente referida.

(...)

Nesse mesmo sentido, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança:

(...)

A ordem de segurança não merece ser concedida.

Pelo que se vê dos autos, a autoridade apontada como coatora informa que na época da concessão do abono de permanência, não havia sido julgado o mandado de segurança impetrado com o objetivo de reconhecimento de vinculo tardio com o INSS, bem como não restou consignado, por ocasião do julgamento do mérito, qualquer determinação para que o Tribunal de Justiça suportasse com o pagamento retroativo do referido abono de permanência.

Acrescenta, ainda, que o pagamento em razão da averbação tardia de tempo de serviço reconhecido judicialmente desvirtua o próprio instituto do abono de permanência, que serve de estímulo para aqueles que, mesmo tendo preenchido os requisitos necessários para se aposentarem, voluntariamente optam por permanecer na ativa.

A Constituição Federal prevê expressamente:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

(...)

§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II.

A regra constitucional estabelece que o instituto do abono de permanência é devido ao agente público que tenha completado os requisitos necessários para se aposentar e opte, voluntariamente, em permanecer na ativa.

O valor do abono será equivalente ao valor da contribuição previdenciária do agente público e será pago até ele completar 70 anos de idade, quando então deverá aposentar-se compulsoriamente.

Na prática, o efeito financeiro do abono de permanência para o agente público é o mesmo que deixar de recolher a contribuição previdenciária.

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA DE ABONO DE PERMANÊNCIA - PROFESSORA - NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS - DESISTÊNCIA DO ABONO E OPÇÃO PELA APOSENTADORIA - RECURSO IMPROVIDO. Para ter direito ao benefício abono de permanência, o servidor deve preencher os requisitos para aposentadoria voluntária e optar pela permanência em atividade. (Relator(a): Des. Atapoã da Costa Feliz; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data do julgamento: 09/09/2013; Data de registro: 15/05/2014 - destaquei)

Pelo que se vê dos autos, na data de concessão do abono de permanência o mandado de segurança impetrado com o objetivo de reconhecimento de vínculo tardio com o INSS estava em análise, sem o julgamento definitivo, o que revela que a Administração Pública, ao conceder de ofício o referido benefício, agiu em respeito ao princípio da legalidade administrativa previsto constitucionalmente.

Aliás, tanto a concessão do abono de permanência de ofício, quanto a decisão administrativa que indeferiu o pagamento retroativo por ausência de fundamento legal, estão embasados no princípio da legalidade administrativa, onde, segundo José dos Santos Carvalho Filho, citando Celso Antonio Bandeira de Melo e Helly Lopes Meirelles, nos ensina:

O princípio implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe à cúspide até o mais modesto deles, devem ser

instrumentos de fiel e dócil realizações 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 (José dos Santos Carvalho Filho, in: Manual de Direito Administrativo, 12.2.2016, p. 20).

E ainda, como bem registrado na decisão administrativa que ensejou o presente mandado de segurança, voto de lavra do Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte, a natureza jurídica do abono de permanência não gera, como pretende o recorrente, um crédito, por ser incompatível com a previsão constitucional anteriormente referida.

À luz das argumentações dispensadas alhures e com base nos documentos constantes dos autos, infere-se que a segurança deve ser denegada, na medida que restou demonstrado que o abono de permanência foi efetivado em conformidade com a legislação pertinente ao caso.

DOS REQUERIMENTOS FINAIS

De todo o exposto, à luz das argumentações dispensadas alhures, o Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, por intermédio de seu Procurador-Geral Adjunto de Justiça Jurídica, opina pela denegação da segurança e consequente extinção do processo, com resolução de Mérito.

(...)

Por todo o exposto e com o parecer ministerial, denega-se a segurança.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a segurança, com o parecer.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. Divoncir Schreiner Maran e Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2016.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0036166-43.2008.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – AFASTADA – MÉRITO – AÇÃO CIVIL DE RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COM PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CONTRATO ADMINISTRATIVO, CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO, SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS E PROIBIÇÃO DE CONTRATAR COM O PODER PÚBLICO – EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS FORJADAS PARA SIMULAR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PUBLICITÁRIOS QUE NÃO OCORRERAM – NÍTIDA INTENÇÃO DE LESAR OS COFRES PÚBLICOS MEDIANTE SIMULAÇÃO – PREJUÍZO AO ERÁRIO E PRESENÇA DE DOLO DOS AGENTES AO PERPETRAR O ATO ÍMPROBO – CONDENAÇÃO – SANÇÕES PREVISTAS NO ART. 12, II, DA LEI N. 8.429/92 – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O caráter sancionador da Lei n. 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: importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); causem prejuízo ao erário público (art. 10); e atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11), compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

No caso, é certo que os réus/apelados praticaram ato de improbidade administrativa ao perpetrarem as ilegalidades ligadas ao Contrato 005/2005, agindo em desconformidade com a legislação vigente e, por conseguinte, incorrendo nas condutas previstas nos artigos 10 e 11, *caput*, da Lei n. 8.429/1992.

Caracterizado o ato ímprobo, o inciso II do art. 12 da Lei n. 8.429/92 determina que seja o agente político condenado às sanções nele previstas.

Recurso conhecido e provido. (1º Vogal)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, rejeitar a preliminar. Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencidos o relator e o 2º vogal, nos moldes do artigo 942 do CPC.

Campo Grande, 7 de março de 2017.

Des. Sérgio Fernandes Martins – Relator designado

RELATÓRIO

O Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran.

O Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul apela da sentença (fls. 3.020/3.040) que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação civil de responsabilidade por ato de improbidade administrativa c/c pedido de declaração de nulidade de contrato administrativo e condenação por danos morais o patrimônio público que move em face de Estado de Mato Grosso do Sul, José Orcírio de Miranda dos Santos, Raufi Antônio Jaccoud Marques, Salete Terezinha de Luca, Oscar Ramos Gaspar, Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares, José Roberto dos Santos, Ivanete Leite Martins, RPS Publicidade e Promoções LTDA, Julian Pascual Sanz Mondragon, Sandra Maristela Velho Mondragon, Gráfica Editora Quatro Cores LTDA (SERGRAPH), Hugo Sérgio Siqueira Borges e Odyllea Carvalhaes Siqueira.

Sustenta que o magistrado incorreu em equívoco ao julgar improcedente os pedidos formulados na exordial, uma vez que os documentos que instruem o feito, especialmente aqueles inseridos no bojo do inquérito civil, são suficientes para comprovar a participação dos apelados nos atos de improbidade envolvendo o contrato 05/2005 celebrado com a empresa RPS Publicidade e Promoções Ltda., bem como os prejuízos causados ao erário no valor de R$ 96.198,89 (noventa e seis mil e cento e noventa e oito reais e oitenta e nove centavos) pela venda de notas frias superfaturadas.

Argumenta a existência de irregularidades durante a execução do contrato que evidenciam sua nulidade, tais como "*ausência de assinatura, de atesto, da prova de regularidade fiscal da empresa, e ainda sim os pagamentos pelo Estado foram realizados, sendo de conhecimento dos responsáveis à época, (...) que tinham a obrigação de proceder ao recebimento e fiscalização dos serviços*" (f. 3.060).

Assevera que a delação de Ivanete Leite Martins e as informações prestadas por José da Silva Bandeira ratificam o esquema criminoso para desvio de verbas públicas, bem como a prática de fraude administrativa, evidenciando o pleno conhecimento e ciência dos requeridos quanto aos atos ilegais.

Ressalta o pleno conhecimento e ciência dos requeridos quanto às ilegalidades narradas nos autos e, por conseguinte, alega que o ato de improbidade deve ser reconhecido pela inobservância dos princípios da administração pública, que prescinde da verificação de enriquecimento pessoal ou prejuízo ao erário.

Ao final, pugna pelo provimento do apelo para, em reformando-se a sentença, julgar procedente o pedido inaugural.

Os réus Ivanete Leite Martins, Raufi Antônio Jaccoud Marques, Salete Terezinha de Lucca, José Orcírio Miranda dos Santos, Oscar Ramos Gaspar, Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares, José Roberto dos Santos, Hugo Sérgio Siqueira Borges, Gráfica e Editora 04 cores, Odyllea Carvalhaes Siqueira, RPS Publicidade e Promoções LTDA., Julian Pascual Sanz Mondragon e Sandra Maristela Velho Mondragon, apresentaram contrarrazões ao recurso, respectivamente, às fs. 3.081/3.094, 3.096/3.109, 3.110/3.119, 3.129/1.366, 3.121/3.128 e 3.137/3.150, requerendo em sede preliminar o não conhecimento do apelo por afronta ao princípio da dialeticidade e, no mérito, a manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer às fs. 3.159/3.169, opinando pela rejeição da preliminar suscitada em contrarrazões e, no mérito, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

VOTO (EM 16.08.2016)

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

Inicialmente, cabe analisar a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade suscitada em contrarrazões pelos réus Oscar Ramos Gaspar, Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares, José Roberto dos Santos, Hugo Sérgio Siqueira Borges, Editora 04 Cores, Odyllea Carvalhes Siqueira (fls. 3.121/3.128), José Orcírio Miranda dos Santos (fls. 3.129/3.136), RPS Publicidade e Promoções Ltda, Julian Pascual Sanz Mondragon e Sandra Maristela Velho Mondragon (fls. 3.137/3.150).

As alegações dos apelados consistem, em síntese, na necessidade de não conhecimento do recurso em razão do Ministério Público Estadual limitar-se a reapresentar os argumentos expostos na inicial e noções de improbidade administrativa, de forma genérica, para alcançar a reforma da sentença.

É cediço que o princípio da dialeticidade impõe ao recorrente impugnar todos os fundamentos que justificariam a manutenção da decisão, mostrando ser insustentável, sob pena de tornar rígido o julgado objeto do recurso, por ausente demonstração do interesse recursal, que precisa ser demonstrado ao juízo *ad quem*.

Exige-se que todo recurso seja formulado por meio de peça pela qual a parte não apenas manifeste sua inconformidade com o ato judicial impugnado, mas, também e necessariamente, indique os motivos de fato e de direito pelos quais requer o novo julgamento da questão nele cogitada.

Quanto ao princípio em questão, Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha, em sua obra Curso de Direito Processual Civil, citam escólio do insigne Nelson Nery Jr., *in verbis*:

> *Princípio da dialeticidade. De acordo com este princípio, exige-se que todo recurso seja formulado por meio de petição na qual a parte, não apenas manifeste sua inconformidade com ato judicial impugnado, mas, também e necessariamente, indique os motivos de fato e de direito pelos quais requer o novo julgamento da questão nele cogitada. Na verdade, trata-se de princípio ínsito a todo processo, que é essencialmente dialético.*[1]

Analisando a apelação (f. 3.045/3.065), constata-se que os argumentos apresentados pelo Ministério Público Estadual demonstram claramente as razões de seu inconformismo, sendo possível extrair os motivos e fatos pelos quais requer a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido inaugural.

Observa-se que o *parquet* constituiu capítulos próprios para justificar suas razões – dos fatos, das ilegalidades e fraude praticadas, da delação de Ivanete Leite Martins e informações de José da Silva Bandeira e do direito –, reservando inúmeras laudas para demonstrar a plausibilidade de sua tese (fs. 3.045/3.065).

Outrossim, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, a reafirmação de eventuais justificativas utilizadas na peça inicial não possui o condão de retirar a logicidade das razões recursais, senão vejamos:

> *ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. DENÚNCIA. CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. OFENSA AO ART 514 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA N. 568/STJ. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS SEM EFEITOS INFRINGENTES. 1. (...). 2. Alegaram os*

1 DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Volume 3. 6ª. ed. Salvador: *Jus Podium*, 2008. p. 60

> *embargantes contrariedade aos arts. 514, II, e 515 do Código de Processo Civil, consistente no fato de que o Estado de Santa Catarina, no seu recurso de apelação, não atendeu ao princípio da dialeticidade quando deixou de atacar os fundamentos da sentença, e apenas repetiu os argumentos da contestação. 3.* ***Verifica-se que o Tribunal a quo decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, no sentido de que a repetição dos argumentos trazidos na petição inicial ou na contestação não implica, por si só, ofensa ao princípio da dialeticidade****. Incidência da Súmula 568/STJ. Embargos de declaração acolhidos sem efeitos infringentes.* (EDcl no AgRg no AREsp 825.367/SC, STJ, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe. 25/5/2016)

Destarte, a reiteração dos fundamentos apresentados na exordial não culmina em ofensa ao princípio da dialeticidade e, por consequência, no não conhecimento do apelo, mormente quando possibilitado ao órgão *ad quem* concluir as razões da irresignação e aos recorridos exercem o contraditório.

Diante de tais considerações, com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (fs. 3.159/3.169), rejeito a preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade e, por estarem presentes as condições e pressupostos recursais, conheço da apelação e passo ao exame da matéria.

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, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

Ao que se extrai de referido regramento processual, 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.

É evidente que o legislador buscou evitar punições contra atos apenas ilegais praticados por seus agentes como se fossem atos de improbidade e, neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de só configurar o caráter ímprobo a conduta que fere os princípios constitucionais da Administração Pública em razão do ato ser constituído de má-fé e caracterizada a conduta dolosa, não reputando adequada a punição do administrador que agiu de maneira inábil, sem comprovação do dolo, conforme se extrai dos seguintes julgados:

> *ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PREFEITO.IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDORES. ART. 11 DA LEI 8.429/92.* ***ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO) NÃO CONFIGURADO****. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. 1. A Lei da Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) objetiva punir os praticantes de atos dolosos ou de má-fé no trato da coisa pública, assim tipificando o enriquecimento ilícito (art. 9o.), o prejuízo ao erário (art. 10) e a violação a princípios da Administração Pública (art. 11); a modalidade culposa é prevista apenas para a hipótese de prejuízo ao erário (art. 10). 2.* ***O ato ilegal só adquire os contornos de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvada pela má-intenção do administrador, caracterizando a conduta dolosa; a aplicação das severas sanções***

> ***previstas na Lei 8.429/92 é aceitável, e mesmo recomendável, para a punição do administrador desonesto (conduta dolosa) e não daquele que apenas foi inábil (conduta culposa).*** *Precedentes: AIA 30/AM, CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 27.9.2011, REsp. 1.103.633/MG, 1T, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 2.8.2010. 3.* ***No presente caso, a conduta imputada aos recorridos consiste na suposta contratação irregular de servidores públicos, sem a realização de concurso público, evidencia em princípio, a prática de ilegalidade, contudo, neste caso, a contratação foi realizada em atenção aos termos da Lei Municipal 1.610/98, que gozava de presunção de constitucionalidade.*** *4. Na linha da orientação ora estabelecida, as instâncias de origem julgaram improcedente o pedido do Ministério Público, afirmando ausentes o dolo ou a má-fé na conduta imputada ao réu de contratação irregular de servidores para o Município, sem o devido concurso público 5. (...).* (REsp 1248529/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 18/09/2013) (g.n.)
>
> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.* ***CONTRATAÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO OU CULPA GRAVE) NA CONDUTA DO DEMANDADO****. 1.* ***É firme a jurisprudência do STJ, inclusive de sua Corte Especial, no sentido de que 'Não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10'*** *(AIA 30/AM, Corte Especial, DJe de 27.09.2011). 2. Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no REsp 975540 / SP. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki (1124). Órgão Julgador: T1 – Primeira Turma. DJe 28.11.2011)(g.n.)

Sobre o assunto, o doutrinador Marino Pazzaglini Filho leciona que ilegalidade não é sinônimo de improbidade, sendo que a ocorrência daquela, por si só, não configura ato de improbidade administrativa, nestes termos:

> *Portanto, a conduta ilícita do agente público para tipificar ato de improbidade administrativa deve ter esse traço comum ou característico de todas as modalidades de improbidade administrativa: desonestidade, má-fé, falta de probidade no trato da coisa pública. E essa ausência de honestidade, retidão, integridade na gestão pública, nas hipóteses de ato de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º) e que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11), pressupõe a consciência da ilicitude da ação ou omissão praticada pelo administrador (dolo). Apenas nos casos de atos de improbidade administrativa lesivos ao Erário (art. 10) é suficiente, para sua configuração, a ação ou omissão ilícita culposa, ou seja, o descumprimento inescusável de dever de ofício, causador de involuntário dano ao Erário, por não conduzir-se o agente público infrator com a atenção e a diligência reclamadas pela função pública por ele exercida. O atentado a legalidade, segundo Waldo Fazzio Júnior, só adquire, por assim dizer, o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios éticos que, a partir do caput do art. 11 iluminam seus incisos, sobretudo a honestidade, a imparcialidade e a lealdade. Assim, os atos administrativos ilegais que não se revestem de inequívoca gravidade, que não ostentam indícios de desonestidade ou má-fé, que constituem simples irregularidades anuláveis (e não atos nulos de pleno direito), que decorrem da inabilitação ou despreparo escusável do agente público, não configuram improbidade administrativa.*[2]

2 PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. Editora Atlas S.A. São Paulo: 2005, p. 111.

Faz-se necessário, portanto, a existência do elemento subjetivo dolo para caracterização da improbidade administrativa a fim de tipificar as condutas descritas nos artigos 9º e 11º[3]. Apenas as condutas tipificadas no artigo 10º[4] dispensam a apuração do dolo por parte do agente público, pois há previsão expressa no regramento processual de que os fatos tipificados admitem a forma culposa, sendo necessário, entretanto, a comprovação de prejuízo que cause lesão ao erário.

Nesta linha de raciocínio, a imposição de 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.

Infere-se que para um ato alçar a qualificação de ímprobo, não basta a prática de uma mera antijuridicidade, a conduta deve antes estar direcionada a uma finalidade específica bem definida em lei. Assim, tecidas estas noções preambulares, passa-se a análise das imputações deduzidas pelo *parquet* em face dos apelados.

Pois bem.

O Ministério Público Estadual alegou que em razão do contrato 05/2005 celebrado com a empresa RPS Publicidade e Promoções Ltda., para prestação de serviços de publicidade, em atendimento às Ações do Governo do Estado, quando da administração de José Orcírio Miranda dos Santos, ocorreram diversas condutas pretensamente típicas aos requeridos Raufi Antônio Jaccoud Marques, Salete Terezinha de Luca, Oscar Ramos Gaspar, Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares, José Roberto dos Santos, Ivanete Leite Martins, José Orcírio de Miranda dos Santos, RPS Publicidade e Promoções LTDA, Julian Pascual Sanz Mondragon, Sandra Maristela Velho Mondragon, Gráfica Editora Quatro Cores LTDA (SERGRAPH), Hugo Sérgio Siqueira Borges e Odyllea Carvalhaes Siqueira, previstas nos arts. 10, I, XI e XII e 11, *caput*, da Lei 8.429/92.

Enfatizou a existência de incongruências no Processo Licitatório nº 09/001.573/2004 e na execução do consequente Contrato nº 05/2005, as quais foram verificadas após a instrução do Inquérito Civil, pelo que imputou a cada um dos requeridos determinada conduta ímproba, no sentido de desviar recursos públicos por meio de notas fiscais "frias" apresentadas como serviços prestados pelas empresas de publicidade.

É sabido que o inquérito civil se consubstancia em instrumento administrativo de apuração, visando a colheita de elementos mínimos de materialidade e autoria de fatos relevantes para o interesse público, sendo necessária a confirmação das evidências durante o trâmite da ação civil pública.

Segundo lição de Celso de Mello Filho, o inquérito civil "*trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública.*"[5]

Deve se ter em mente, portanto, que não obstante os componentes de investigação colhidos na fase inquisitorial no seio da instrução do Inquérito Civil, os elementos de apuração não podem isoladamente

3 Art. 9° Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1° desta lei, e notadamente.
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.

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

5 Manifestação na função de Assessor do Gabinete Civil da Presidência da República, proferida no processo relativo ao projeto que veio a converter-se na Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal nº 7.347/85).

justificar a condenação dos requeridos nas sanções estabelecidas por atos de improbidade, por não pautar uma decisão condenatória fundada nos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Diante de tais considerações, passa-se à análise da conduta praticada por cada um dos requeridos.

Quanto à Salete Terezinha de Luca, ex-ordenadora de despesas da Secretária de Estado de Coordenação Geral do Governo, o Ministério Público Estadual a acusou de ser a responsável por providenciar as notas frias, alegando que a mesma autorizava o pagamento de despesas sem a prestação efetiva de qualquer serviço, transferindo o restante do dinheiro público recebido aos servidores envolvidos no esquema.

Em contestação (fs. 974/1.014), a requerida afirmou ter exercido a função de ordenadora entre o período de agosto/2004 a dezembro/2016 e, que apesar de ser a responsável pela autorização das despesas realizadas, referido fato não induz à conclusão de que tenha ocorrido a prática do ato de improbidade administrativa na emissão das notas de empenho. Defendeu ainda que possuía ínfima atuação na tramitação dos contratos, os quais eram centralizados na Subsecretaria de Comunicação.

Em sua defesa técnica, ilustrou o trâmite administrativo que antecedia a emissão das notas de empenho, os quais: processo licitatório com observância das formalidades legais; empenho estimativo mensal dentro da cota de cada empresa contratada; solicitação de disponibilidade de cota financeira e orçamentária por cada setor que necessitasse dos serviços questionados; análise das cotas orçamentárias e financeiras pela Auditoria do Estado; parecer da Superintendência de Administração e Finanças; emissão de atestado de execução de serviços pelo agente competente.

A despeito das alegações do apelante, certo é que não há como concluir pela prática de ato de improbidade exclusivamente pelo ato de a ordenadora de despesas ter emitido notas de empenho para cobrir despesas públicas com a empresa RPS Publicidade e Promoções Ltda, sem qualquer indício de que o tenha feito com desonestidade, visando favorecimento indevido da empresa contratada.

Nos termos do art. 58 da Lei nº 4.320/64[6] "*o empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição*", logo, após a fase prévia de verificação das disponibilidades orçamentarias, é possível então a emissão da nota de empenho, utilizada somente para reservar numerário para pagamento de obrigação que pode estar no aguardo ou não do implemento da condição.

Transpassada a fase de liquidação da despesa que, conforme art. 63 da Lei nº 4.320/64, "c*onsiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito*", impõe-se ordenar o pagamento. Se não havia qualquer irregularidade formal neste trâmite não se poderia imputar à ordenadora de despesas a prática de ilegalidade, mormente se não demonstrada qualquer conduta desonesta ou mesmo pautada por finalidade diversa daquela necessária ao desempenho de suas atribuições.

Desta forma, diante da ausência de elementos probatórios suficientes a demonstrar que, ao desempenhar as atividades que lhe competiam à época, a apelada tenha concorrido de maneira decisiva para o direcionamento do processo licitatório ou para a prática do suposto ato de improbidade administrativa, a sentença deve ser mantida.

O réu Raufi Antônio Jaccoud Marques, à época dos fatos Secretário de Estado de Coordenação Geral do Governo, responde sob a acusação de desviar verbas do erário por intermédio da empresa RPS Publicidade e Promoções Ltda, através do contrato nº 005/2005, causando prejuízos à administração pública.

6 Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Em contestação (fs. 1.016/1.115) afirmou não ter "*permitido, facilitado ou concorrido para que os contratados se enriquecessem ilicitamente, sequer de forma culposa*", ressaltando que "*os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade e, portanto, ao requerido não cabia rever todos os atos relativos ao empenho e liquidação das despesas, já praticados pelos agentes competentes*".

Analisando os autos, denota-se a inexistência de provas aptas a comprovar qualquer participação do requerido no suposto direcionamento do processo licitatório em prol da empresa de publicidade, não havendo como atribuir ao mesmo qualquer atuação ou omissão em detrimento da moralidade administrativa.

Além disso, em observância ao princípio da confiança e respeitando-se a presunção de legalidade e legitimidade que informa os atos administrativos precedentes, não poderia o Secretário de Estado de Coordenação-Geral do Governo anular ou obstaculizar a formalização do contrato administrativo com a empresa vencedora do processo licitatório, se inexistia qualquer indício de irregularidade, já que tratou-se de pregão presencial e não havia na ata qualquer menção pela pregoeira de alguma anormalidade.

Desta forma, sem a demonstração cabal da conduta omissiva ou comissiva do apelado, destinada ao favorecimento da empresa contratada (seja com dolo ou culpa), é de se concluir que o *parquet* não logrou demonstrar o fato constitutivo do direito à pretensão punitiva, cujo ônus lhe cabia, razão suficiente para manter irretocável a sentença que julgou improcedente o pedido inicial em relação a este requerido.

Ivanete Leite Martins, coordenadora da subsecretária de comunicação à data do ocorrido, foi acusada de ser a responsável por captar recursos financeiros junto ao proprietário da Gráfica e Editora Quatro Cores Ltda por meio de nota fria, sem registro no orçamento, sempre que solicitado pelo Governador ou Secretário do Estado.

Em sua defesa (fs. 2.950/2.964), a apelada defendeu não possuir conhecimento de ser ilegal sua conduta, visto que praticada com a aprovação e designação de seus superiores, e, inclusive, em cumprimento às suas ordens, demonstrando-se a inexistência de má-fé e intenção fraudulenta em seu proceder.

A sentença decidiu que:

> *Embora a requerida Ivanete tenha declarado extrajudicialmente que quando trabalhava na área de comunicação ao governo, recebia ordens para 'captar recursos financeiros' de maneira a arcar com despesas não oficializadas, esta afirmação não restou formalmente comprovada pelo autor, não havendo provas suficientes que demonstrem a veracidade dos fatos alegados, muito menos a comprovação de que a mesma agia com má-fé ou que tenha sido desonesta, ou que tenha agido com intuito escuso a fim de tirar algum proveito pessoal, não sendo possível verificar a presença do elemento subjetivo do dolo no conjunto probatório* (f. 3.027).

De fato, a mesma intelecção empregada pelo magistrado singular deve ser transportada a este fundamento, pois o apelante não logrou erigir provas que efetivamente houve ilegalidade na conduta adotada nas atividades praticadas pela requerida, nem mesmo na execução do contrato, restando ausente o elemento subjetivo do dolo.

Nesta trilha, à míngua da elucidação de uma conduta ímproba da apelada Ivanete Leite Martins, é de se concluir que o Órgão Ministerial não comprovou o fato constitutivo do direito de punir a requerida, cujo ônus lhe cabia, razão de negar provimento ao pedido recursal em relação a mencionada apelada.

O ex-Governador do Estado, José Orcírio Miranda dos Santos, é acusado pelo *parquet* de desviar verbas públicas do erário público por meio do contrato nº 005/2005, ainda que sem participação formal,

bem como de possuir pleno conhecimento do suposto "esquema" sem, contudo, impedir a sua prática, proporcionando enriquecimento ilícito à empresa contratada.

Contestando a lide (fs. 1.309/1.363), o apelado negou ter praticado ou autorizado quaisquer dos atos ilícitos elencados na exordial, bem como auferido qualquer vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de seu cargo, asseverando a inexistência de provas neste sentido nos documentos acostados ao feito.

Após extensa análise do conjunto probatório dos autos, conclui-se a ausência de indícios no sentido de o ex-governador ter contribuído para a prática de atos ilícitos, sejam eles nas fases de licitação, subscrição ou execução do contrato mencionado para benefício da empresa contratada, do qual tampouco participou.

Como já amplamente esclarecido quando da deliberação em face dos outros requeridos, da formalização da licitação em questão até a subscrição do contrato e sua execução, os expedientes seguiram todos os tramites legais, transpassando todas as secretarias competentes, a tornar indiscutível que o então Governador do Estado sequer participou como interveniente. Por certo, não se haveria de chancelar um decreto condenatório por ato de improbidade pautando-se tão somente pela presunção de que haveria irregularidades na contratação e ciência do Governador quanto a tal fato.

No intento em testilha sequer há informação sobre eventuais proveitos obtidos indevidamente pelo requerido, de modo que não comprovado o fato constitutivo do direito de impor sanção por improbidade, é medida imperiosa manter irretocável a sentença que, quanto ao requerido, julgou improcedente o pedido inicial.

Quanto à Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares, funcionária do Centro Gráfica Ruy Barbosa à época e responsável pela certificação da prestação dos serviços na forma de "atesto", o apelante lhe imputou a prática de ato ímprobo por não exercer sua atribuição com a devida eficiência, concorrendo nas ilegalidades cometidas na execução do contrato nº 005/2005.

A condenação da apelada por prática de ilegalidade necessita de demonstração cabal da completa inexistência de prestação do serviço contratado, conjugada com a aposição ilegal de um falso atesto nas notas.

O contrato firmado entre o Estado de Mato Grosso do Sul e a empresa RPS Publicidade e Propaganda Ltda (fs. 2.514/2.527) fora prestado sob forma de execução indireta, nos termos do artigo 6º, VIII, da Lei nº 8.666/93, com valor global de R$300.000,00 (trezentos mil reais) e com o seguinte objeto:

> *CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO*
>
> *1.1 O objeto do presente instrumento é a contratação de Agência de Publicidade e Propaganda para a prestação de serviços de planejamento, criação, produção, distribuição, veiculação, controle e acompanhamento de campanhas e peças publicitárias para divulgação das ações do Governo do Estado na área de Desenvolvimento Econômico e Justiça Social, publicidade legal, promoções, assessoramento e apoio na execução de ações de promoção e patrocínio, assessoria de imprensa e relações públicas, materiais para divulgação e desenvolvimento de serviços e produtos, elaboração e registro de marcas, expressões de propaganda, logotipos e de outros elementos de propaganda visual, e outras ações necessárias à execução da política de comunicação social e de marketing do Poder Executivo do Estado de Mato Grosso do Sul, em atendimento às necessidades da Subsecretaria de Comunicação, da Secretaria de Estado de Coordenação-Geral do Governo/SECOGE/MS.*

Por questão de lógica, dada a amplitude dos serviços prestados e a completa inexistência de qualquer queixa do setor de publicidade, responsável pela colheita e propagação do material referente à cobertura

de propaganda visual, comunicação social e marketing, não se poderia esperar conduta outra da servidora responsável que não atestar a regularidade da prestação do serviço.

Requerer da funcionária o acompanhamento integral da prestação de todo e qualquer serviço prestado pela empresa contratada para, somente após, atestar sua regularidade, apresenta-se humanamente impossível, até porque, presume-se, não se tratava do único contrato firmado pelo Estado em que a apelada atuou na referida função, de certificar a prestação dos serviços, na forma de "Atesto".

Por todas essas circunstâncias, ante a ausência de prova nos autos de conduta comissiva desonesta e pautada pela má-fé destinada a locupletar ilicitamente a empresa contratada (seja com dolo ou culpa), é de se concluir que o *parquet* não comprovou o fato constitutivo do direito de punir a requerida Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares, razão pela qual a sentença, quanto a ela, não merece retoque.

Em face de Oscar Ramos Gaspar, ex-subsecretário de comunicação, o Ministério Público Estadual o acusa de também ser responsável pela certificação dos serviços prestados na forma de "Atesto" sem eficiência e denodo, concorrendo para a prática das supostas fraudes cometidas na execução do contrato.

Depreende-se que a mesma intelecção empregada quando da deliberação da conduta de Ana Lúcia Rosa Rodrigues Tavares deve ser transportada para verificar a legalidade da conduta do requerido, até porque não há demonstração cabal da inexistência de prestação do serviço, a qual, conjugada com a aposição de um atesto nas notas, poderia acarretar a subsunção à tipologia de atos de improbidade.

Como salientado alhures, o acompanhamento integral da prestação de todo e qualquer serviço prestado pela empresa contratada para, somente após, atestar sua regularidade, apresenta-se humanamente impossível dada a amplitude dos serviços prestados, cabendo salientar a inexistência de qualquer queixa do setor de publicidade, responsável pela colheita e propagação do material.

Não havendo, então, prova de conduta comissiva desonesta de Oscar Ramos Gaspar, determinada a favorecer ilicitamente a empresa de publicidade contratada pelo Estado (seja com dolo ou culpa), é de rigor manter irretocável a sentença que, quanto a ele, julgou improcedente o pedido inicial.

Quanto a José Roberto dos Santos, coordenador de publicidade, responsável pela certificação dos serviços prestados na forma de "Atesto", o *parquet* o acusa de atestar no verso das notas fiscais o recebimento de materiais ou serviços da empresa RPS Publicidade e Promoções Ltda sem, todavia, certificar-se da efetiva entrega ou prestação dos serviços, contribuindo para as ilegalidades cometidas no contrato 005/2005.

Analisando os autos, verifica-se que deve ser aplicada a mesma inteligência empregada quando do julgamento da conduta de Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares e de Oscar Ramos Gaspar, de que não há como se exigir do apelado o acompanhamento integral da prestação de todo e qualquer serviço ou material entregue pela empresa contratada para, somente após, atestar sua irregularidade.

Ademais, pressupõe-se, não se tratava do único contrato firmado pelo Estado em que o requerido atuou na função de certificar a prestação dos serviços e entrega de materiais, na forma de "Atesto", evidenciando que não haveria outra maneira do requerido atestar a sua regularidade, mormente diante da inexistência de qualquer reclamação dos setores responsáveis pela captação do material.

Desta forma, conclui-se que, inexistindo prova de conduta comissiva desonesta de José Roberto dos Santos, inclinada a favorecer ilicitamente a empresa contratada pelo Estado (seja com dolo ou culpa), a sentença de improcedência do pedido quanto a este requerido deve permanecer irretocável.

A Gráfica e Editora Quatro Cores Ltda (SERGRAPH) e os seus proprietários, Hugo Sério Siqueira Borges e Odyllea Carvalhaes Siqueira, são acusados de possuir filial fantasma no município de Uberaba

-MG e participar do desvio de verbas do contrato nº 005/2005 por meio do fornecimento de notas "frias" à empresa RPS Publicidade e Promoções Ltda, contratada pelo governo, sem a prestação do serviço.

O juízo *a quo* consignou que "*inexistem provas concretas suficientes de que os mesmos tenham concorrido de maneira decisiva para a prática de ato de improbidade administrativa, até mesmo porque a empresa Quatro Cores não prestava serviço para o governo, mas sim para a empresa RPS Publicidade e Promoções Ltda*" (f. 3.032).

A despeito da ampla gama de deduções realizadas pelo Ministério Público, embasados nos elementos colhidos no Inquérito Civil, não subsiste nos autos prova da ocorrência de atos ilícitos praticados pelos ora requeridos, que autorize o enquadramento destes na tipologia própria da improbidade.

Desta forma, por não evidenciar conduta omissiva ou comissiva dos apelados, não lhes pode ser imputada punição, pois o Órgão Ministerial não logrou demonstrar o fato constitutivo do direito à pretensão condenatória, cujo ônus lhe cabia, razão de se manter irretocável a sentença que julgou improcedente o pedido inicial.

A empresa de publicidade RPS Publicidade e Promoções Ltda, bem como seus proprietários Julian Pascual Sanz Mondragon, Sandra Maristela Velho Mondragon, são acusados de terem celebrado com o Governo do Estado o contrato objeto dos autos para prestação de serviços de publicidade, emitindo notas fiscais sem a "Autorização de Impressão de Documentos Fiscais – AIDF".

Em contestação (fls. 1.253/1.281), os apelados alegam o cumprimento integral do contrato nos moldes da legislação e dos princípios constitucionais, ressaltando a inexistência de proveito econômico em desfavor da administração pública, bem como a prestação dos serviços com comprovação por meio de notas fiscais.

A sentença decidiu que "*não há provas concretas da prática de atos de improbidade administrativa e de suposto direcionamento do processo licitatório em benefício da empresa RPS Publicidade e Promoções Ltda (...) se houve alguma irregularidade do processo licitatório, essa suposta falta não pode ser atribuída aos requeridos, mormente em sendo o procedimento licitatório na modalidade de pregão presencial e não haver qualquer menção pela pregoeira de alguma anormalidade*" (f. 3.030).

De fato, o procedimento licitatório em questão fora realizado na modalidade de pregão presencial e em sua realização, houve a participação efetiva de outras empresas do ramo de publicidade, sem qualquer informação, na ata, pela pregoeira, de quaisquer irregularidades.

Ao que se vislumbra dos autos, apesar da ampla gama de deduções realizadas pelo Órgão Ministerial, houve efetiva prestação de serviços pela empresa contratada, com amplo atendimento ao Governo do Estado, cumprindo-se ao disposto na Cláusula Quinta da avença (f. 2.514/2.527), sem verificar-se ilegalidades.

Com efeito, não se verifica a ocorrência de prejuízo ao erário em relação ao contrato nº 005/2005, uma vez que os serviços contratados foram efetivamente prestados, tanto que, com a transição do governo e posse do governador sucessor, houve rescisão do contrato com mútua quitação. Aliás, evidente que a empresa tem direito de receber contraprestação pelos serviços prestados, sob pena de se caracterizar o enriquecimento ilícito da administração pública.

Conclui-se, assim, a ausência de elementos de convicção aptos a se extrair a prática de conduta ilegal pelos requeridos e a existência de ilicitudes nas fases de licitação, subscrição do contrato e execução deste, o que enseja a manutenção integral da sentença que julgou improcedente o pedido inicial.

Outrossim, é sabido que a mera constatação de irregularidades contratuais não implica necessariamente na ocorrência de ato de improbidade administrativa, sendo indispensável para sua configuração o elemento subjetivo da conduta do agente, já que a finalidade deste instituto é penalizar o administrador desonesto ou corrupto, e não aquele que se apresenta apena despreparado ou inábil.

Nesta linha de raciocínio, veja-se o entendimento adotado por este Egrégio Tribunal de Justiça no julgamento de caso semelhante:

> *APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA APURAÇÃO DE ATO DE IMPROBIDADE – [...] ALEGAÇÃO DE DIRECIONAMENTO DE LICITAÇÃO E FAVORECIMENTO DE EMPRESA DE PUBLICIDADE CONTRATADA PELO GOVERNO ESTADUAL – AUSÊNCIA DE PROVA DA ILEGALIDADE QUALIFICADA – ELEMENTOS DE CONVICÇÃO QUE APONTAM PARA A EFETIVA REGULARIDADE DA LICITAÇÃO, CONTRATAÇÃO E EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS – INEXISTÊNCIA DE DANOS AO ERÁRIO PÚBLICO – PEDIDO INICIAL IMPROCEDENTE – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO, EM PARTE COM O PARECER. I. (...). III. Se o órgão acusador não logrou erigir provas suficientes de que houve ilegalidades nas fases da licitação, subscrição do contrato de publicidade e execução deste, não demonstrando que houve prática de condutas desonestas daqueles que interviram e nem esclarecendo a existência de direcionamento e prejuízo ao erário em favor de terceiros, impõe-se manter integralmente a sentença que julgou improcedente o pedido inicial em face dos inúmeros agentes e particulares envolvidos. IV. A eventual constatação das ilegalidades ou irregularidades em contratos administrativos não implica necessariamente na ocorrência de ato de improbidade administrativa, já que o móvel deste instituto é penalizar o administrador desonesto ou corrupto, e não aquele que se apresenta apenas despreparado ou inábil. Precedentes.* (TJMS. AC 0368828-84.2008.8.12.0001, 3ª Câmara Cível, Relator Exmo. Sr. Des. Marco André Nogueira Hanson. J. 26/4/2016)

Diante de tais considerações, considerando a ausência de elementos de convicção aptos a demonstrar que os serviços contratados não foram efetivamente prestados e não se verificando a ocorrência de prejuízo ao erário, a sentença de improcedência do pedido inicial deve manter-se inalterada.

Isso posto, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, rejeito a preliminar de afronta ao princípio da dialeticidade suscitada nas contrarrazões dos requeridos e, no mérito, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença que julgou improcedente o pedido inicial.

Conclusão de julgamento adiada, em razão do pedido de vista formulado pelo 1º vogal (Des. Sérgio), após por unanimidade, terem rejeitado a preliminar e o relator ter negado provimento ao recurso, o 2º vogal aguarda.

VOTO (EM 04.10.2016)

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (1º Vogal)

Trata-se de recurso de apelação cível interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul contra sentença que julgou improcedente o pedido formulado nos autos da ação civil de responsabilidade por ato de improbidade administrativa cumulada com pedido de declaração de nulidade de contrato administrativo e condenação por danos morais ao patrimônio público que move em face de Estado de Mato Grosso do Sul, José Orcírio Miranda dos Santos, Raufi Antônio Jaccoud Marques, Salete Terezinha de Luca, Oscar Ramos Gaspar, Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares, José Roberto dos Santos, Ivanete Leite Martins, RPS Publicidade e Promoções LTDA, Julian Pascual Sanz Mondragon, Sandra Maristela Velho Mondragon, Gráfica Editora Quatro Cores LTDA (SERGRAPH), Hugo Sérgio Siqueira Borges e Odyllea Carvalhaes Siqueira.

O apelante sustenta, em suma, que o magistrado singular incorreu em equívoco ao julgar improcedentes os pedidos formulados na exordial, uma vez que os documentos que instruem o feito, especialmente aqueles inseridos no bojo do inquérito civil, são suficientes para comprovar a participação dos apelados nos atos de improbidade envolvendo o Contrato 05/2005 celebrado com a empresa RPS Publicidade e Promoções Ltda., bem como os prejuízos causados ao erário no valor de R$96.198,89 (noventa e seis mil e cento e noventa e oito reais e oitenta e nove centavos) pela venda de notas frias superfaturadas; existiram irregularidades durante a execução do contrato que evidenciam sua nulidade, tais como "*ausência de assinatura, de atesto, da prova de regularidade fiscal da empresa, e ainda sim os pagamentos pelo Estado foram realizados, sendo de conhecimento dos responsáveis à época, (...) que tinham a obrigação de proceder ao recebimento e fiscalização dos serviços*" (f. 3.060); a delação de Ivanete Leite Martins e as informações prestadas por José da Silva Bandeira ratificam o esquema criminoso para desvio de verbas públicas, bem como a prática de fraude administrativa, evidenciando o pleno conhecimento e ciência dos requeridos quanto aos atos ilegais; os requeridos tinham ciência das ilegalidades narradas nos autos e, por conseguinte, alega o Ministério Público que o ato de improbidade deve ser reconhecido pela inobservância dos princípios da administração pública, que prescinde da verificação de enriquecimento pessoal ou prejuízo ao erário.

Ao final, pugna pelo provimento do apelo para, em reformando-se a sentença, ser julgado procedente o pedido inicial.

A 1ª Câmara Cível, por unanimidade, afastou a preliminar de não conhecimento do recurso por ofensa ao Principio da Dialeticidade. No mérito, o relator, Desembargador Divoncir Schreiner Maran, negou provimento ao recurso.

Pedi vista dos autos para melhor análise da questão posta em julgamento.

Peço vênia ao relator para divergir e dar provimento ao recurso.

Anoto, em primeiro lugar, que o caráter sancionador da Lei n. 8.429/92, como cediço, é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e notadamente: importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); causem prejuízo ao erário público (art. 10); e atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

Nas condutas descritas nos artigos 11 da Lei n. 8.429/92, exige-se a presença do dolo do agente e nas descritas no art. 10, ao menos a culpa, que se prende à vontade 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, assim, pela mera atuação em desconformidade com a singela e fria letra da lei, mas mediante conduta que denota subversão das finalidades administrativas, mediante dolo ou má-fé, os quais devem ser investigados pelo juiz. É essencial que o agente tenha agido com desonestidade e deslealdade, com intenção deliberada de infringir a norma legal, o que, a meu juízo, restou comprovado nos autos.

A configuração dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei n. 8.429/92 (prejuízo ao erário), conforme entendimento do STJ, exige a presença do efetivo dano ao erário (critério objetivo), o que, entendo, também restou demonstrado nos autos pelos motivos que passo a expor.

Verifico, com efeito, que Ministério Público Estadual alegou que, em razão do Contrato n. 05/2005 celebrado com a empresa RPS Publicidade e Promoções Ltda. para prestação de serviços de publicidade, em atendimento às Ações do Governo do Estado, quando da administração de José Orcírio Miranda dos Santos, ocorreram diversas condutas típicas por parte dos requeridos, ora apelados, Raufi Antônio Jaccoud

Marques, Salete Terezinha de Luca, Oscar Ramos Gaspar, Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares, José Roberto dos Santos, Ivanete Leite Martins, José Orcírio de Miranda dos Santos, RPS Publicidade e Promoções LTDA, Julian Pascual Sanz Mondragon, Sandra Maristela Velho Mondragon, Gráfica Editora Quatro Cores LTDA (SERGRAPH), Hugo Sérgio Siqueira Borges e Odyllea Carvalhaes Siqueira, previstas nos arts. 10, I, XI e XII e 11, *caput*, da Lei 8.429/92.

Na inicial, o *parquet* relata a existência de um esquema, no âmbito da Secretaria de Estado e Coordenação-Geral de Governo (SECOGE), para desvio de recursos públicos, por meio de notas fiscais "frias", apresentadas como serviços de impressão, reimpressão e criações diversas, em que a empresa RPS Publicidade e Promoções Ltda. simulava a contratação de serviços terceirizados junto à Gráfica e Editora Quatro Cores (Sergraph).

Nos termos da inicial, a RPS Publicidade e Promoções Ltda. sagrou-se vencedora no processo licitatório (procedimento n. 09/001.573/2004), que deu origem ao Contrato n. 05/2005, nos termos do qual se obrigou a (f. 6):

> *(...) prestar os serviços nas condições ali estipuladas, dentre elas, realizar a cotação de preços para todos os serviços de terceiros, apresentando, no mínimo, três propostas detalhadas ou, alternativamente, justificar a impossibilidade de o fazer; apresentar originais dos respectivos documentos fiscais que comprovem os pagamentos feitos a terceiros; instruir o fornecimento dos serviços com as notas fiscais correspondentes, em original, juntando cópia da solicitação de entrega e do comprovante de recebimento; encaminhar os documentos de cobrança à contratante fazendo constar menção ao número da concorrência e do contrato; receber a remuneração de 15 % sobre os serviços de terceiros e pela tabela de preços do Sindicato das Agências de Propaganda do Mato Grosso do Sul, deduzidos os descontos de 8,1% propostos por ocasião da concorrência.*

Assim, extrai-se dos autos que o Ministério Público Estadual não somente descreveu o esquema fraudulento perpetrado pelos ora apelados, mas apresentou elementos probatórios contundentes da sua ocorrência, inclusive da conduta particular de cada um.

Nesse sentido, o Relatório Técnico n. 10/2007, acostado às fls. 2308-2320, constatou a existência de diversas irregularidades em relação à contratação da Gráfica e Editora Quatro Cores Ltda. (Sergraph) pelas agências de publicidade contratadas pelo Estado, entre elas a RPS Publicidade e Promoções Ltda.

Na qualidade de contratada para a prestação de serviços publicitários, a RPS Publicidade e Promoções Ltda. deveria realizar 3 cotações de preços com outras agências, e, então, apresentar a nota fiscal do serviço realizado, e a nota fiscal referente ao pagamento à empresa prestadora do serviço, com menção ao número da concorrência, deduzidos o percentual de 15% da remuneração paga pelo serviço, com o desconto de 8,1%, proposto em razão da concorrência.

Chama a atenção o fato de sempre ser menor o orçamento da Sergraph, e sendo assim, foi esta a empresa contratada pela RPS para a realização dos serviços publicitários, de modo que a cada nota fiscal da Sergraph corresponde a uma da RPS, que era apresentada à Secretaria de Estado de Coordenação-Geral para a cobrança.

Observo que nas notas fiscais emitidas pela RPS não foi aplicado o desconto de 8,1%, previsto no Contrato n. 05/2005, sobre seus honorários, desconto este que foi o motivo pelo qual se sagrou vencedora no certame.

Nesse sentido, eis a cláusula décima, que disciplina a forma de pagamento:

> *CLÁUSULA DÉCIMA - DO PAGAMENTO*
>
> *10.1. Pelos serviços prestados, a CONTRATADA será remunerada da*
>
> *seguinte forma:*
>
> *10.1.1. P***ela Tabela de preços referenciais do Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de Mato Grosso do Sul, a título de pagamento dos custos internos dos trabalhos realizados pela própria CONTRATADA, e sobre referida tabela aplicará o desconto de 8,1% (oito vírgula um por cento);**
>
> *10.1.2. 15% (quinze por cento) sobre os serviços de terceiros;*
>
> *10.1.3. 20% (vinte por cento) sobre os custos de veiculação; (...)* (destaquei)

Contudo, conforme a descrição das notas, consta apenas o valor do serviço realizado pela terceirizada, no caso a Sergraph, mais a comissão e/ou honorário sobre o serviço, no percentual de 15%, e, apenas com base nestes dois indicadores, o valor total da nota, o qual consiste na despesa a ser liquidada e paga pelo erário público.

Tomando como exemplo a Nota Fiscal n. 1317 (f. 1574), tem-se o valor do serviço de R$ 10.950,00, a comissão e/ou honorários no montante de R$ 1.642,50 e o valor total de R$ 12.592,50.

Desta feita, a não aplicação do referido desconto, além de burlar o contrato, onerava o erário em despesa maior que a devida, e, por consequência, remunerava a empresa contratada - RPS Publicidade e Promoções Ltda. com valor superior ao devido consoante o disposto no Contrato n. 05/2005.

Foi constatado, ainda, que vários órgãos, aos quais teriam sido destinados os materiais publicitários indicados nas notas fiscais, não encontraram em seus arquivos documentos referentes à solicitação dos referidos materiais e ao seu recebimento.

Nesse sentido, o então Secretário de Estado de Segurança Pública foi oficiado (f. 1591), a respeito da solicitação e recebimento do serviço indicado na Nota Fiscal n. 1014 (f. 1557), consistente na "impressão de 100.000 folders, da Polícia Militar, formato 1/4, papel couchê liso 170g, 2 dobras, 2 modeles", ao que respondeu que nada foi localizado (f. 1616).

Além disso, é possível observar que as Notas Fiscais da Sergraph eram emitidas por sua filial, localizada em Uberada-MG, na Rua Sylvio Castro Cunha, n.º 08, Conjunto Alvorada, conforme consta no próprio documento (f. 2024).

Ocorre que, conforme informação da Unidade Integrada de Combate às Organizações Criminosas - UNICOC, à pag. 2032, não existe o numeral "08" no logradouro supramencionado, nem se encontra instalada naquela rua a empresa Sergraph, ou qualquer outra gráfica.

Tal informação corrobora as declarações prestadas por José da Silva Bandeira, no Procedimento Investigatório Criminal n.º 003/2007, conforme se extrai do seguinte fragmento (f. 1.776-1.777):

> *(...) Esclarece ainda, que a empresa filial da SERGRAF, com sede na cidade de Uberaba/MG, não existe, é uma criação do senhor HUGO SÉRGIO SIQUEIRA BORGES, para praticar ilegalidades; [...] Indagado sobre as notas fiscais emitidas pela SERGRAF, em favor das agências de publicidade AGILITA, CABRAL, ART, & TRAÇO, etc., são notas produzidas na própria, são notas frias; [...] Esclareceu o declarante que, além da emissão de notas fiscais frias para o Governo, o senhor HUGO SÉRGIO SIQUEIRA BORGES praticava outra irregularidade, ou seja, confeccionava uma determinada quantia de*

material e, na nota fiscal, fazia constar uma quantidade sempre superior; Segundo o declarante, 'era o pessoal do Governo que mandava fazer isso'; 'Ele vendia a nota fiscal e recebia por esse serviço'; Neste momento, o declarante exibiu um modelo de 'revista informativa do pantanal', em inglês, confeccionado pela SERGRAPH, porém constou na nota fiscal uma quantidade superior ao, efetivamente, produzido; O declarante concordou em ceder esse exemplar para ser apreendido nos autos; Esclarece que, certa ocasião, para imprimir esse material, em inglês, português e espanhol, além de produzir alguns exemplares na SERGRAF, o senhor se utilizou dos serviços das gráficas MV e TROPICAL; a entrega dos materiais eventualmente produzidos na SERGRAF, era feita pelo senhor HUGO SÉRGIO SIQUEIRA BORGES; Recorda-se, porém, que em uma das vezes, foi auxiliar o senhor HUGO SÉRGIO SIQUEIRA BORGES na entrega para o Governo 'lá em cima'; Esclarece o declarante que, por várias vezes, presenciou o senhor HUGO SÉRGIO SIQUEIRA BORGES chegar com um determinado material do Governo e, ao ser indagado pelo declarante se era para imprimir o material, o senhor HUGO SÉRGIO SIQUEIRA BORGES respondia negativamente, dizendo que somente iria tirar a nota fiscal.

Ainda em relação às Notas Fiscais da Sergraph, a empresa Gráfica Eldorado, que consta, no rodapé, como confeccionadora, informou, à pag. 2063, que nunca prestou qualquer serviço para a Gráfica e Editora Quatro Cores Ltda. (Sergraph).

Verificou-se, também, conforme declaração da Secretaria Municipal da Fazenda do Município de Uberaba-MG, datado de 16.07.2007, que a Sergraph só tinha autorização para emitir notas fiscais dentro da numeração 000.001 a 000.250, e que não existe lançamentos de receita para o ISSQN nos últimos 5 anos.

Desta feita, resta evidente que as Notas Fiscais emitidas pela Gráfica e Editora Quatro Cores Ltda. (Sergraph) e apresentadas pela RPS Publicidade e Promoções Ltda. carecem de idoneidade, não sendo, pois, aptas para comprovar a prestação do serviço.

Em outras palavras, tudo indica que tanto as Notas Fiscais da Sergraph quanto às da RPS foram forjadas, a fim de simular a prestação de serviço publicitários que não ocorreram.

O quadro abaixo, conforme o Relatório n. 01/2007, revela as notas fiscais irregulares, bem como o prejuízo total sofrido pelo erário, em razão do pagamento por serviços que não foram efetivamente prestados:

NF Sergraph	Emissão	Valor	NF RPS	Comissão de Agência	OB	Pagamento	Valor pago
728	15.12.06	10.950,00	1317	1.642,50	PD-386 3/06	Não paga	
638	15.12.06	41.927,71	1014	6.289,15	69	16.10.06	47.918,13
637	15.12.05	36.145,00	1022	5.421,75	3334	23.12.06	41.309,23
529	31.8.05	6.100,00	876	915,00	2141	16.09.05	6971,53
96.198,89							

A emissão das notas "frias" junto às empresas dava-se a pedido de José Orcírio Miranda dos Santos, Raufi Antônio Jaccoud Marques e Oscar Ramos Gaspar, por intermédio de Ivanete Leite Martins e Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares, a fim de liberar verbas públicas para se locupletarem.

Neste sentido, oportuno colacionar o depoimento prestado pela apelada Ivanete Leite Martins, perante o Juízo da 2ª Vara Criminal (fls. 1918-1919):

> *MP: Excelência. Em alguma oportunidade foi solicitado pelo gabinete do Governador a importância de 200 mil reais para ser remetida à campanha do PT no Estado de Mato Grosso, na campanha para o Senador da Serys Slhessarenko?*
>
> *DEPOENTE: Nem sei quem é... eu vi isso daí num jornal... Na Folha de São Paulo essa entrevista, eu nem sei quem é essa pessoa.*
>
> *JUIZ: Houve um pedido a você para que providenciasse?*
>
> *DEPOENTE: Pediram da mesma forma que eu levantasse 200 mil reais.*
>
> *JUIZ: Quem pediu?*
>
> *DEPOENTE: O Oscar que chegou e falou: 'Precisamos de 200 mil'.*
>
> *JUIZ: Ele disse a finalidade dos 200 mil?*
>
> *DEPOENTE: Iria para Mato Grosso. Agora para que eu não sei,*
>
> *desconheço...*
>
> *JUIZ: Ele disse que ia para o Mato Grosso, mas não disse para quem?*
>
> *DEPOENTE: Eu li na Folha de São Paulo, o envolvimento dessa pessoa que eu não sei quem é.*
>
> *[...]*
>
> *MP: Nos... Excelência, a pergunta é clara. Nos anos de 2005 e 2006, os dois últimos anos do segundo mandato do Governador José Orcírio (F) Miranda dos Santos, o senhor Hugo Sérgio, dono da SERGRAF vendeu nota fiscal para o Governador do Estado?*
>
> *DEPOENTE; Sim.*
>
> *JUIZ: Isso ela já confirmou.*
>
> *DEPOENTE: Já confirmei.*
>
> *[...]*
>
> *MP: Excelência, quem fazia a negociação com o réu Hugo Sérgio sobre o percentual a ser cobrado, era a interroganda ou era a ré Ana Lúcia?*
>
> *DEPOENTE: As duas?*
>
> *JUIZ: Você e a Ana?*
>
> *DEPOENTE: As duas. A Ana que me apresentou os 17% do Sérgio e eu acatei.*
>
> *JUIZ: Ok.*

[...]

MP: Quando a interroganda manteve contato com o réu Hugo Sérgio sobre a possibilidade de venda de notas para o Governo, a ré Ana Lúcia se encontrava presente?

DEPOENTE: As duas juntas. Eu não fechava sem ter noção do que...

MP: Ou seja, houve a participação efetiva da ré Ana Lúcia?

DEPOENTE: Sim.

[...]

MP: Além de reimpressão e assessoria qual mais era utilizado para desvio de dinheiro?

DEPOENTE: Sim, reimpressão, assessoria nem todas porque às vezes às agências de publicidade davam assessorias verdadeiras e assessoria e criações, porque existiam muitas criações feitas conosco, no próprio Governo nós tínhamos uma equipezinha, lógico, era dali de dentro, era nossa, a gente aproveitava e colocava junto.

MP: Excelência, quem montava a descrição contida nas notas fiscais que eram compradas pelo Governo por Hugo Sérgio para que fosse feita a reimpressão fictícia?

DEPOENTE: A Ana. A minha equipe que cuidava. (...)

Assim, contrário ao entendimento adotado pela sentença e também pelo ilustre relator, resta evidente o dolo na conduta dos mencionados apelados (José Orcírio de Miranda dos Santos, Raufi Antônio Jaccoud Marques, Salete Terezinha de Luca, Oscar Ramos Gaspar, Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares, José Roberto dos Santos e Ivanete Leite Martins), em razão da nítida intenção de lesar os cofres públicos, mediante a simulação da prestação de serviços de publicidade.

Praticaram, assim, ato de improbidade, consistente no desvio e apropriação de verba pública, nos termos do art. 10, da Lei 8.429/92, e na transgressão consciente dos princípios que norteiam a Administração Pública (art. 12, II, da Lei 8.429/92).

De igual maneira, os particulares proprietários da empresas Sergraph e RPS Publicidade e Promoções Ltda. concorreram para a prática do ato ímprobo, pois participaram efetivamente do esquema ilícito, em ajuste com os agentes públicos, mediante a confecção de notas fiscais "frias".

Enfim, o conjunto probatório é robusto a respeito da prática do ato de improbidade pelos apelados, que culminou em prejuízo ao erário, no valor de R$ 96.198,89, bem como da presença do dolo dos agentes em perpetrar o ato ímprobo, com o intuito de obterem vantagem patrimonial ilícita.

Ante o exposto, peço vênia ao relator para divergir e dar provimento ao recurso para reformar a sentença e, por conseguinte, julgar procedente o pedido contido na inicial para condenar os réus José Orcírio de Miranda dos Santos, Raufi Antônio Jaccoud Marques, Salete Terezinha de Luca, Oscar Ramos Gaspar, Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares, José Roberto dos Santos, Ivanete Leite Martins, RPS Publicidade e Promoções LTDA, Julian Pascual Sanz Mondragon, Sandra Maristela Velho Mondragon, Gráfica Editora Quatro Cores LTDA (SERGRAPH), Hugo Sérgio Siqueira Borges e Odyllea Carvalhaes Siqueira, pela pratica de atos de improbidade administrativa que ensejaram perda patrimonial do Estado de Mato Grosso do Sul, em especial explicitados nos incisos I, XI e XII, ao ressarcimento integral do dano causado ao

patrimônio publico, no valor de R$ 96.198,89, e as sanções civis e cidadãs do art. 12, II, da Lei n. 8.429/92[7], quais sejam, suspensão dos direitos políticos (8 anos); multa civil no valor R$ 100.000,00; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário (5 anos).

Sem condenação em custas e honorários (art. 18 da Lei nº 7.347/85[8]).

O Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar. Por maioria, negaram provimento ao recurso, vencido o 1º vogal, que dava provimento. Assim a conclusão de julgamento fica adiada, em razão da necessidade de convocação de novo membro, nos termos do art. 942 do CPC.

VOTO (EM 13.12.2016)

O Sr. Des. Nélio Stábile. (3º Vogal)

Acompanho o voto do 1° vogal.

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar. Quanto ao mérito, teve a conclusão de julgamento adiada, em razão do pedido de vista formulado pelo 4º vogal (Des. Paulo Alberto), após o relator e o 2º vogal negarem provimento ao recurso e o 1º e 3º vogais darem provimento ao recurso, nos termos do art. 942 do CPC.

VOTO (EM 07.03.2017)

O Sr. Des. Paulo Alberto de Oliveira. (4º Vogal)

Trata-se de apelação cível interposta pelo Ministério Público Estadual contra a sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos da Comarca de Campo Grande-MS, a qual julgou improcedente os pedidos formulados pelo apelante na ação civil pública por ato de improbidade administrativa proposta contra os apelados José Orcírio Miranda dos Santos, Raufi Antônio Jaccoud Marques, Salete Terezinha de Luca, Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares, José Roberto dos Santos, Oscar Ramos Gaspar, Odyllea Carvalhaes Siqueira, Gráfica e Editora Quatro Cores Ltda (Sergraph), Hugo Sérgio Siqueira Borges, Sandra Maristela Velho Mondragon, Ivanete Leite Martins, RPS Publicidade e Promoções Ltda e Julian Pascual Sanz Mondragon, ante a imputação das práticas previstas no art. 10, inc. I, XI e XII, ou, alternativamente, no art. 11, *caput*, ambos da Lei nº 8.429, de 02/06/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Voto do Relator: o Des. Divoncir Schreiner Maran, após rejeitar a preliminar de violação ao princípio da dialeticidade suscitada em contrarrazões, votou, no mérito, pelo não provimento da apelação e consequente manutenção da sentença de improcedência, basicamente sob o fundamento de falta de provas quanto a prática dos atos de improbidade imputados aos réus pelo *parquet*.

7 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;

8 Art. 18 - Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais

Voto do 1º Vogal: o Des. Sérgio Fernandes Martins, após acompanhar o relator quanto a rejeição da preliminar, abriu divergência quanto ao mérito, concluindo pela existência de ato ímprobo praticado pelos réus-apelados, razão pela qual votou no sentido de dar provimento ao recurso, a fim de julgar integralmente procedente os pedidos formulados na inicial.

Voto do 2º Vogal: o Des. Marcelo Câmara Rasslan, acompanhando o Relator, votou pela rejeição da preliminar e, no mérito, pelo não provimento da apelação e consequente manutenção da sentença de improcedência.

Voto do 3º Vogal: o Des. Nélio Stábile, convocado para continuação do julgamento na forma do art. 942, *caput*, do Código de Processo Civil/2015, após também rejeitar a preliminar, votou no sentido de acompanhar a divergência inaugurada pelo Des. Sérgio Fernandes Martins, julgando, assim, procedentes os pedidos formulados na inicial.

Este é**,** em apartada síntese, o relatório.

Inicialmente, destaco que não houve divergência com relação à preliminar de inépcia do recurso suscitada em contrarrazões, por suposta violação ao princípio da dialeticidade, e, por isso, respeitando o limite de minha convocação, *ex vi* do disposto no art. 942, caput, do CPC/15, supero esse ponto, sem constar de meu voto manifestação sobre essa questão, muito embora não tivesse dúvida alguma em acompanhar Sua Excelência o Relator, Des. Divoncir Schreiner Maran, já que plenamente possível se defluir das razões recursais a exata dimensão da insurgência recursal, bem como a clara e inequívoca impugnação dos fundamentos da sentença, embora utilizados, para tanto, os mesmos argumentos da inicial.

No tocante ao mérito, observo que o pedido de condenação por ato de improbidade administrativa lastreia-se na alegação central de que, supostamente, os réus-apelados teriam se aliado, em vontade uníssona de lesar o erário público, para fraudar o Contrato nº 05/2005, firmado entre o Estado de Mato Grosso do Sul e a RPS Publicidade e Promoções Ltda, a qual fora contratada para prestação de serviços diversos de publicidade, na modalidade de execução indireta (art. 6º, inc. VIII, da Lei nº 8.666, de 21/06/1993), após regular procedimento licitatório (Processo Administrativo nº 09/001.573/2004).

A fraude consistiria na existência de um esquema, no âmbito da Secretaria de Estado de Coordenação-Geral de Governo (Secoge), para desvio de recursos públicos, por meio de Notas Fiscais "frias", apresentadas como serviços de impressão, reimpressão e criações diversas, em que a empresa RPS Publicidade e Promoções Ltda simulava a contratação de serviços terceirizados junto à Gráfica e Editora Quatro Cores (Sergraph), sem, no entanto, haver efetiva prestação do serviço, a despeito de serem efetuados os respectivos pagamentos pelo Governo do Estado.

Haveria, ainda, na gestão do Secretário Raufi Antônio Jaccoud Marques, o pagamento de uma espécie de comissão de cinco por cento (5%) por toda e qualquer Nota Fiscal emitida, mesmo quando não era prestado o serviço, valor este que comporia a chamada "caixinha", e que seria destinado ao pagamento de diversas despesas, de ordem política, indicadas pelo então Secretário de Governo e pelo próprio Governador, dentre elas o pagamento de remuneração adicional aos servidores envolvidos, a título de "ajuda de custo" – também chamado de "PF" ("por fora").

Quanto à gráfica (Sergraph), a venda da "nota fria" sairia a um custo de dezessete por cento (17%) sobre o valor da Nota Fiscal, isso sem contar a referida comissão de 5%, que era contabilizada para o grupo do Governo do Estado mesmo na hipótese de não prestação do serviço. Daí a menção, à época da eclosão dos fatos na mídia, aos chamados "caixa 2" e "caixa 3".

Teriam, assim, participação no esquema:

Os servidores da Secretaria de Coordenação-Geral de Governo (Secoge) Salete Terezinha de Luca, Ivanete Leite Martins, Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares, José Roberto dos Santos e Oscar Ramos Gaspar;

As empresas RPS Publicidade e Promoções Ltda e Gráfica e Editora Quatro Cores Ltda (Sergraph), e seus respectivos sócios Julian Pascual Sanz Mondragon, Sandra Maristela Velho Mondragon, Hugo Sérgio Siqueira Borges e Odyllea Carvalhaes Siqueira; e

O então Secretário de Estado de Coordenação-Geral de Governo Raufi Antônio Jaccoud Marques e o então Governador José Orcírio Miranda dos Santos, como superiores e beneficiários diretos das fraudes.

A existência da fraude em si está fartamente comprovada nos autos; seja pelos robustos elementos probatórios – documentais, testemunhais e periciais – angariados no curso do Inquérito Civil nº 011/2007 (1.528-2.947), seja pela prova colhida no juízo criminal, que foi juntada a estes autos às f. 130-154, antes mesmo da determinação de citação dos réus (f. 883-894).

A atividade criminosa engendrada para fraudar o Contrato nº 05/2005 está evidenciada nos autos, sendo induvidosa a utilização de Notas Fiscais inidôneas ("frias") para justificar o pagamento indevido de serviços não prestados.

Conforme bem observou o 1º Vogal, Des. Sérgio Fernandes Martins, constatou-se de forma indene de dúvidas a inexecução de determinados serviços, bem como até mesmo a inobservância de cláusulas do Contrato nº 05/2005 relativas ao pagamento da contratada, as quais, inclusive, foram determinantes para que esta se sagrasse vencedora no certame, *verbis*:

> *[...]*
>
> *Na inicial, o parquet relata a existência de um esquema, no âmbito da Secretaria de Estado e Coordenação-Geral de Governo (SECOGE), para desvio de recursos públicos, por meio de notas fiscais "frias", apresentadas como serviços de impressão, reimpressão e criações diversas, em que a empresa RPS Publicidade e Promoções Ltda. simulava a contratação de serviços terceirizados junto à Gráfica e Editora Quatro Cores (Sergraph).*
>
> *Nos termos da inicial, **a RPS Publicidade e Promoções Ltda. sagrou-se vencedora no processo licitatório (procedimento n. 09/001.573/2004)**, que deu origem ao Contrato n. 05/2005, nos termos do qual se obrigou a (f. 6):*
>
> *'(...) prestar os serviços nas condições ali estipuladas, dentre elas, realizar a cotação de preços para todos os serviços de terceiros, apresentando, no mínimo, três propostas detalhadas ou, alternativamente, justificar a impossibilidade de o fazer; apresentar originais dos respectivos documentos fiscais que comprovem os pagamentos feitos a terceiros; instruir o fornecimento dos serviços com as notas fiscais correspondentes, em original, juntando cópia da solicitação de entrega e do comprovante de recebimento; encaminhar os documentos de cobrança à contratante fazendo constar menção ao número da concorrência e do contrato; receber a remuneração de 15 % sobre os serviços de terceiros e pela tabela de preços do Sindicato das Agências de Propaganda do Mato Grosso do Sul, deduzidos os descontos de 8,1% propostos por ocasião da concorrência.'*
>
> *Assim, extrai-se dos autos que o Ministério Público Estadual não somente descreveu o esquema fraudulento perpetrado pelos ora apelados, mas apresentou elementos probatórios contundentes da sua ocorrência, inclusive da conduta particular de cada um.*
>
> *Nesse sentido, o Relatório Técnico n. 10/2007, acostado às fls. 2308-2320, constatou a existência de diversas irregularidades em relação à contratação da Gráfica*

e Editora Quatro Cores Ltda. (Sergraph) pelas agências de publicidade contratadas pelo Estado, entre elas a RPS Publicidade e Promoções Ltda.

Na qualidade de contratada para a prestação de serviços publicitários, a RPS Publicidade e Promoções Ltda. deveria realizar 3 cotações de preços com outras agências, e, então, apresentar a nota fiscal do serviço realizado, e a nota fiscal referente ao pagamento à empresa prestadora do serviço, com menção ao número da concorrência, deduzidos o percentual de 15% da remuneração paga pelo serviço, com o desconto de 8,1%, proposto em razão da concorrência.

Chama a atenção o fato de sempre ser menor o orçamento da Sergraph, e sendo assim, foi esta a empresa contratada pela RPS para a realização dos serviços publicitários, de modo que a cada nota fiscal da Sergraph corresponde a uma da RPS, que era apresentada à Secretaria de Estado de Coordenação-Geral para a cobrança.

***Observo que nas notas fiscais emitidas pela RPS não foi aplicado o desconto de 8,1%, previsto no Contrato n. 05/2005, sobre seus honorários, desconto este que foi o motivo pelo qual se sagrou vencedora no certame**.*

Nesse sentido, eis a cláusula décima, que disciplina a forma de pagamento:

'CLÁUSULA DÉCIMA - DO PAGAMENTO

*10.1. **Pelos serviços prestados, a CONTRATADA será remunerada da seguinte forma**:*

*10.1.1. Pela Tabela de preços referenciais do Sindicato das Agências de Propaganda do Estado de Mato Grosso do Sul, a título de pagamento dos custos internos dos trabalhos realizados pela própria CONTRATADA, **e sobre referida tabela aplicará o desconto de 8,1% (oito vírgula um por cento)**;*

10.1.2. 15% (quinze por cento) sobre os serviços de terceiros;

10.1.3. 20% (vinte por cento) sobre os custos de veiculação; (...) (destaquei)'

Contudo, conforme a descrição das notas, consta apenas o valor do serviço realizado pela terceirizada, no caso a Sergraph, mais a comissão e/ou honorário sobre o serviço, no percentual de 15%, e, apenas com base nestes dois indicadores, o valor total da nota, o qual consiste na despesa a ser liquidada e paga pelo erário público.

*Tomando como exemplo a Nota Fiscal n. 1317 (f. 1574), tem-se o valor do serviço de R$ 10.950,00, a comissão e/ou honorários no montante de R$ 1.642,50 e o valor total de R$ 12.592,50. Desta feita, **a não aplicação do referido desconto, além de burlar o contrato, onerava o erário em despesa maior que a devida, e, por consequência, remunerava a empresa contratada - RPS Publicidade e Promoções Ltda. com valor superior ao devido consoante o disposto no Contrato n. 05/2005**.*

*Foi constatado, ainda, que **vários órgãos, aos quais teriam sido destinados os materiais publicitários indicados nas notas fiscais, não encontraram em seus arquivos documentos referentes à solicitação dos referidos materiais e ao seu recebimento**.*

Nesse sentido, o então Secretário de Estado de Segurança Pública foi oficiado (f. 1591), a respeito da solicitação e recebimento do serviço indicado na Nota Fiscal n. 1014 (f. 1557), consistente na impressão de 100.000 folders, da Polícia Militar, formato 1/4, papel couchê liso 170g, 2 dobras, 2 modeles, ao que **respondeu que nada foi localizado** *(f. 1616).*

*Além disso, é possível observar que **as Notas Fiscais da Sergraph eram emitidas por sua filial, localizada em Uberada-MG, na Rua Sylvio Castro Cunha, n.º 08, Conjunto Alvorada**, conforme consta no próprio documento (f. 2024).*

***Ocorre que**, conforme informação da Unidade Integrada de Combate às Organizações Criminosas - UNICOC, à pag. 2032, **não existe o numeral "08" no logradouro supramencionado, nem se encontra instalada naquela rua a empresa Sergraph, ou qualquer outra gráfica**.*

Tal informação corrobora as declarações prestadas por José da Silva Bandeira, no Procedimento Investigatório Criminal n.º 003/2007, conforme se extrai do seguinte fragmento (f. 1.776-1.777):

*'(...) Esclarece ainda, que **a empresa filial da SERGRAF, com sede na cidade de Uberaba/MG, não existe, é uma criação do senhor HUGO SÉRGIO SIQUEIRA BORGES, para praticar ilegalidades**; [...] Indagado sobre as notas fiscais emitidas pela SERGRAF, em favor das agências de publicidade AGILITA, CABRAL, ART, & TRAÇO, etc., são notas produzidas na própria, são notas frias; [...] Esclareceu o declarante que, além da emissão de notas fiscais frias para o Governo, o senhor HUGO SÉRGIO SIQUEIRA BORGES praticava outra irregularidade, ou seja, confeccionava uma determinada quantia de material e, na nota fiscal, fazia constar uma quantidade sempre superior; Segundo o declarante, 'era o pessoal do Governo que mandava fazer isso'; 'Ele vendia a nota fiscal e recebia por esse serviço'; Neste momento, o declarante exibiu um modelo de 'revista informativa do pantanal', em inglês, confeccionado pela SERGRAPH, porém constou na nota fiscal uma quantidade superior ao, efetivamente, produzido; O declarante concordou em ceder esse exemplar para ser apreendido nos autos; Esclarece que, certa ocasião, para imprimir esse material, em inglês, português e espanhol, além de produzir alguns exemplares na SERGRAF, o senhor se utilizou dos serviços das gráficas MV e TROPICAL; a entrega dos materiais eventualmente produzidos na SERGRAF, era feita pelo senhor HUGO SÉRGIO SIQUEIRA BORGES; Recorda-se, porém, que em uma das vezes, foi auxiliar o senhor HUGO SÉRGIO SIQUEIRA BORGES na entrega para o Governo 'lá em cima'; Esclarece o declarante que, **por várias vezes, presenciou o senhor HUGO SÉRGIO SIQUEIRA BORGES chegar com um determinado material do Governo e, ao ser indagado pelo declarante se era para imprimir o material, o senhor HUGO SÉRGIO SIQUEIRA BORGES respondia negativamente, dizendo que somente iria tirar a nota fiscal.**'*

Ainda em relação às Notas Fiscais da Sergraph, a empresa "GráficaEldorado", que consta, no rodapé, como confeccionadora, informou, à pag. 2063, que nunca prestou qualquer serviço para a Gráfica e Editora Quatro Cores Ltda. (Sergraph).

*Verificou-se, também, conforme declaração da Secretaria Municipal da Fazenda do Município de Uberaba-MG, datado de 16.07.2007, que a Sergraph só tinha autorização para emitir notas fiscais dentro da numeração 000.001 a 000.250, **e que não existe lançamentos de receita para o ISSQN nos últimos 5 anos**.*

*Desta feita, **resta evidente que as Notas Fiscais emitidas pela Gráfica e Editora Quatro Cores Ltda. (Sergraph) e apresentadas pela RPS Publicidade e Promoções Ltda. carecem de idoneidade, não sendo, pois, aptas para comprovar a prestação do serviço**. Em outras palavras, tudo indica que tanto as Notas Fiscais da Sergraph quanto às da RPS foram forjadas, a fim de simular a prestação de serviço publicitários que não ocorreram. [...]* – G.F.

Diante de todas estas constatações, não há como se afirmar que os réus não tiveram participação ativa e determinante na consecução do ilícito administrativo em análise, pois toda essa gama de condutas ilegais,

descritas com riqueza de detalhes acima, não poderia jamais ter ocorrido senão por meio de uma elaborada e organizada rede de comportamentos interligados, com a necessária e efetiva participação de servidores da Subsecretaria de Comunicação da Secretaria de Coordenação-Geral de Governo (Secoge), tendo em vista a inocorrência, por exemplo, de um controle mínimo de checagem acerca da efetiva prestação dos serviços, ou mesmo a própria inobservância de regras contratuais explícitas relativas ao pagamento das agências (como o mencionado desconto de 8,1% que foi determinante, segundo consta, para a escolha da *RPS* Publicidade e Promoções Ltda no processo licitatório).

Além disso, prescinde de verossimilhança a sentença no tocante a afirmação de que não haveria provas quanto à "*irregularidade no processo licitatório, [...] mormente em sendo o procedimento licitatório na modalidade de pregão presencial e não haver na ata qualquer menção pela pregoeira de alguma anormalidade*" (f. 3.030), pois a fraude apurada nestes autos se deu na execução do contrato, ou seja, quando já ultimado o processo licitatório e, portanto, essa afirmação do Juízo de primeiro grau não guarda relação de pertinência com os fatos apurados.

É preciso também observar o quão incongruente é a sentença quando conclui – de forma paradoxal, e gerando, inclusive, perplexidade nesse aspecto – pela falta de provas quanto à prática de atos de improbidade, mesmo após ter afirmado, em linhas anteriores, que "*a prova documental inserta no Inquérito Civil Público nº 001/2007 e anexos são suficientes para se formar um convencimento acerca da matéria posta sub exame*" (f. 3.022).

Nesse particular, aliás, a sentença só não está passível de anulação por cerceamento de defesa[9] porque, repito, a prova que está colacionada aos autos – documental, pericial e testemunhal (prova emprestada) –, e que foi submetida integralmente ao contraditório e ampla defesa (vide, especialmente, as manifestações que se sucederam ao despacho de f. 2.975-2.976), é deveras suficiente para se chegar à conclusão diversa daquela obtida em primeiro grau.

A servidora Ivanete Leite Martins, que trabalhou na Subsecretaria de Comunicação da Secretaria de Coordenação-Geral de Governo (Secoge) em grande parte do tempo em que se deu a gestão do ex-Governador José Orcírio Miranda dos Santos – sendo subordinada tanto ao Secretário Raufi Antônio Jaccoud Marques quanto ao Secretário anterior (Paulo Duarte – que não integra a lide) –, explicou com riqueza de detalhes o funcionamento da fraude ocorrida no seio da Governadoria.

Em depoimento prestado perante à 2ª Vara Criminal desta Capital (f. 1.901-1.931), o qual foi trazido aos autos a título de prova emprestada[10], a servidora Ivanete explicou – em detalhes, friso – que a fraude no Contrato nº 05/2005 contava com a participação ativa e determinante dos servidores Salete Terezinha de Luca, Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares, José Roberto dos Santos e Oscar Ramos Gaspar, bem como da própria declarante, numa espécie de cadeia hierárquica, subdividida em níveis, na qual cada um tinha função específica e pré-determinada, e sem os quais seria impossível e inimaginável que tamanho desrespeito à lei, à procedimentos rotineiros de ordem administrativo-fiscal e ao contrato, pudesse ocorrer.

Segundo apurado, Oscar Ramos Gaspar, que era o Subsecretário de Comunicação e era tido como "chefe" pela servidora Ivanete, era o responsável pela solicitação dos supostos serviços gráficos (por

9 Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, caracteriza-se o "*cerceamento de defesa quando, embora tenha a parte requerido, no momento oportuno, a produção de provas, o juiz, considerando como suficiente à formação de seu convencimento motivado o acervo probatório constante dos autos, aplique a regra do julgamento antecipado da lide e venha, depois, a julgar a demanda contrariamente a essa parte, amparando-se apenas na ausência de provas.*" (REsp 1.314.106/MA, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª Turma, DJe 29/04/2016).

10 Segundo jurisprudência pacífica do STJ, *nas ações de improbidade administrativa é admissível a utilização da prova emprestada, colhida na persecução penal, desde que assegurado o contraditório e a ampla defesa.* (REsp 1.230.168/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJE 14/11/2014; REsp 1.297.021/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJE 20/11/2013; REsp 1.190.244/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJE 12/05/2011; REsp 1.122.177/MT, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJE 27/04/2011; REsp 1.163.499/MT, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma,DJE 08/10/2010)

determinação do "Gabinete do Governador", ficando aquela incumbida de contatar diretamente a RPS Publicidade e Promoções Ltda, avisando-a de que "o seu contrato seria usado", bem como ao sócio da Sergraph, Hugo Sérgio Siqueira Borges, para emissão da "nota fria" (vide f. 1.776). Nesse sentido, é bastante esclarecedor o depoimento do funcionário da Sergraph, José da Silva Bandeira, que consta das f. 1.773-1.778.

Isso desencadeava a confecção, na própria Subsecretaria de Comunicação (pela servidora Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares – f. 1.915), dos demais orçamentos previstos no Contrato nº 05/2005 para definição de quem executaria os serviços, de forma que sempre a Sergraph acabava apresentando o menor preço – note-se que a confecção dos três orçamentos era uma obrigação contratual a ser observada pela RPS Publicidade e Promoções Ltda, para a execução indireta dos serviços de publicidade, jamais sendo algo a ser realizado dentro do próprio Governo do Estado.

Na sequência, uma vez emitida a Nota Fiscal inidônea pela Sergraph, e após desconto dos quinze por cento (15%) devidos contratualmente à Agência RPS, bem como dos dezessete por cento (17%) pagos pela própria emissão da "nota fria", o valor do suposto serviço era dividido em duas partes:

Cinco por cento (5%) era destinado aos Gabinetes do ex-Secretário Raufi Antônio Jaccoud Marques e do ex-Governador José Orcírio Miranda dos Santos, a fim de compor a denominada "caixinha" – que era gerida pela servidora Salete Terezinha de Luca –, e que servia para cobrir despesas diversas do Secretário e do Governador; e

O valor correspondente ao serviço não prestado, após as referidas deduções, também era repassando ao Governo, a título de "retorno", para pagamento de serviços diversos, patrocínios informais, remuneração de particulares etc., sendo que, muitas vezes, esses pagamentos eram feitos diretamente pela própria agência contratada, conforme relação repassada pelo Gabinete do Secretário e/ou do Governador (essa lista era administrada pela servidora Ivanete Martins, a qual se encarregava de indicar à RPS o rol de destinatários dos pagamentos, conforme lhe era determinado pelo Gabinete do Secretário e/ou do Governador – vide nesse sentido, v.g., documentação de f. 1.658-1.739, e íntegra do depoimento judicial da referida servidora, às f. 1.901-1.931).

Ao seu turno, os servidores Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares e José Roberto dos Santos incumbiam-se de atestar a realização dos serviços – que em realidade quase nunca eram executados –, assim o fazendo mediante carimbo e assinatura, por meio dos quais afirmavam categoricamente que "*os serviços constantes da Nota Fiscal foram executados*" (v.g., f. 1.548, f. 1.558, f. 1.565 etc.).

Pelo depoimento judicial de Ivanete Martins vê-se claramente como era operacionalizado o esquema pelos servidores da Subsecretaria de Comunicação da Secretaria de Coordenação-Geral de Governo (Secoge) juntamente com a agência de publicidade contratada, RPS Publicidade e Promoções Ltda, e a Gráfica Sergraph (terceiro), *verbis*:

> *[...]*
>
> *DEPOENTE:* ***Na verdade, esses recursos eram para repassar para pagar situações que não eram oficializadas, que não teriam condições de ser oficializadas [...].***
>
> ***JUIZ: Esses serviços que eram solicitados, que a agência realizasse, quem tomava a iniciativa para fazer esse serviço? A ordem partia de quem?***
>
> ***DEPOENTE: Do subsecretário de comunicação Oscar e que vinha do gabinete do Governador.***
>
> *[...]*

JUIZ: Nesse processo foram relacionadas pelo Ministério Público diversas notas fiscais onde foram realizados serviços, que segundo a denúncia não foram prestados, ou seja, só...

*DEPOENTE: **Seria o retorno para pagar, o retorno financeiro para pagar aquilo que não poderia ser oficializado**, por isso, como tinha uma segunda remuneração de funcionários, também, para uma ajuda de custo para os funcionários.*

[...]

JUIZ: E qual era a participação do Ralph (sic) nesse caso aí?

DEPOENTE: O Ralph (sic) foi o último Secretário do Governo que assumiu um ano e dois meses, mais ou menos, um ano e três meses e a participação dele era o seguinte. Ele ... Eu que prestava contas com ele, eu era chama no Gabinete.

[...]

JUIZ: E qual era o relacionamento com o Oscar Ramos Gaspar?

***DEPOENTE: Como meu chefe, [...] meu subsecretário**, eu às vezes entrava em parafuso porque eu tinha que respeitá-lo muito, mas eu tinha um acima dele, mas eu tinha bom relacionamento.*

JUIZ: Você recebia ordens dele?

***DEPOENTE: Dele, totalmente dele**. [...] A ordem do Oscar é o seguinte: eu tenho uma lista de pessoas que têm que receber, se vira, vai atrás de dinheiro.*

JUIZ: Que lista de pessoas?

DEPOENTE: De nomes, de...

JUIZ: Receber em razão de quê, quais serviços?

DEPOENTE: De trabalhos que não poderiam ser oficializados!

JUIZ: Oficializados como?

DEPOENTE: Uma produtora que fez um trabalho, ela não foi licitada, então, ela... mídia, às vezes emissoras de rádio comunitárias, fotógrafos, que não poderiam ser oficializados. Então todo esse processo a gente pagava pelo...por essa lista.

JUIZ: Ele sabia a forma que você procedia para poder conseguir esse recurso?

DEPOENTE: Sim, sabia porque ele atestava as notas. Mas ele só me passava...

JUIZ: Ele e mais quem atestava as notas?

DEPOENTE: Na verdade, pela lógica, ele era Subsecretário e a Ana Tavares que era a pessoa responsável pelos orçamentos, pela mídia, por tudo. Eu era apenas financeira e administrativa. Eu tinha que me virar para cuidar da coisa.

JUIZ: Bom. O material aqui é material gráfico, é material impresso, essas coisas. Isso... quem recebia esse material?

DEPOENTE: A Ana Tavares.

JUIZ: Ela que era encarregada de receber?

DEPOENTE: Isto.

JUIZ: Esse material chegava até lá? Ela conferia esse material?

[...]

DEPOENTE: Sim. Acompanhava. Ela e o José Roberto.

JUIZ: Todo esse material que foram realizados nessas notas que foram relacionados pelo Ministério Público, você tem o conhecimento se ela se certificou de que esse material, de que esse serviço realmente foi prestado?

DEPOENTE: Não. Nesses casos é diferente. Porque? Porque eu chegava nelas...

JUIZ: Porque nesses casos é diferente?

DEPOENTE: Porque no caso para pagar os que não eram oficializados, eu chamava a Ana que era responsável pelo setor de orçamento, mídia, essas coisas todas, e eu falava assim: eu preciso de 200 mil reais.

JUIZ: Certo.

DEPOENTE: Para pagar essa lista aqui.

JUIZ: Sim.

DEPOENTE: Ela que pegava materiais, sobras que tinham para a gente fazer o papel.

JUIZ: Então, muitas vezes o serviço, na verdade, o serviço não...

DEPOENTE: Na publicidade existiam duas situações, uma real...

JUIZ: O material existia ou era simplesmente só nota?

DEPOENTE: [...] Na verdade era uma reimpressão. Por que uma reimpressão? Porque esse material foi impresso. Na verdade eu precisei de 200 mil para pagar certa lista de credores que não podiam ser oficializados.

JUIZ: Mas eu quero saber se essa reimpressão...

DEPOENTE: Pegávamos sobra... Sobra ali, usávamos como reimpressão. Mas não tinha sido reimpresso.

JUIZ: Isso que eu quero saber.

DEPOENTE: Isso que eu estou tentando explicar para o senhor.

JUIZ: Então aí pegava só o valor e repassava?

DEPOENTE: Só o valor...

JUIZ: Bom, você recebia a determinação no caso do Oscar, para fazer esse serviço.

DEPOENTE: Sim.

JUIZ: E a Ana Lúcia também dava essa determinação?

DEPOENTE: Não. A Ana só cuidava de preparar material, orçamento legal, essas coisas todas pra mim.

[...]

JUIZ: Quem é que determinava fazer o depósito? Era quem, era o Oscar, era o Ralph, era o Governador, era Ivanete, ou era a Ana Lúcia?

DEPOENTE: O Oscar e Governador.

[...]

JUIZ: [...] Então você confirma que você recebia determinação do Gabinete do Governador para fazer os depósitos para as empresas?

DEPOENTE: Sim.

JUIZ: Foram várias as vezes que você recebeu esses telefonemas do Gabinete?

DEPOENTE: Sim. Até cobrança, porque estava atrasado? Porque não pagou? Aí eu tinha que ir para o Tesouro, correr atrás, brigar, xingar, porque tinha que pagar.

[...]

JUIZ: Mas o pagamento, o depósito era depositado para a agência?

DEPOENTE: Para a agência. Somente a agência.

JUIZ: A agência que refazia, repassava?

DEPOENTE: Isso, conforme a minha relação.

JUIZ: Conforme a sua determinação, isso?

DEPOENTE: E aquilo que tinha que voltar para o Governo eu repassava também.

[...]

JUIZ: Bom, você alguma vez, em algum momento você recebeu isso também, [...] dinheiro?

DEPOENTE: Eu particularmente?

JUIZ: É.

DEPOENTE: Sim. Até porque eu não posso esconder porque isso aí foi atualmente...

JUIZ: [...] Você se recorda do valor aproximado?

DEPOENTE: É que dependia muito do mês.

JUIZ: Você fez o que com esse dinheiro?

DEPOENTE: Eu vivia, era meu salário.

JUIZ: Mas você não era funcionária?

DEPOENTE: Eles sabem que eu passei 4 anos sem ser oficializada no Governo. Recebia das agencias.

[...]

JUIZ: Além de você, quem mais recebia dessa forma?

DEPOENTE: Todos os outros funcionários, mas como uma ajuda de custo de funcionários contratados.

JUIZ: Você recebia quanto por mês?

Eu recebia 2500, 3000, 5000, dependia da época, porque eu amanhecia trabalhando.

JUIZ: O Oscar recebia de que forma?

DEPOENTE: O Oscar era comissionado como subsecretário de comunicação e ele também tinha uma ajuda dento dessa...

JUIZ: As empresas de propaganda aqui elas repassavam dinheiro diretamente a ele também?

DEPOENTE: Nunca. Ele não permitia. Era eu que tinha que pegar.

JUIZ: Você pegava e repassava para o Oscar?

DEPOENTE: Passava para ele depois.

[...]

JUIZ: O José Roberto dos Santos, qual foi o seu relacionamento com ele?

DEPOENTE: Ele veio quando o Oscar Ramos Gaspar assumiu o segundo mandato e era assessor do Oscar, era jornalista, e cuidava da... Acompanhava a publicidade. É a única coisa que o José Roberto...

JUIZ: Qual era a função dele?

DEPOENTE: Coordenador.

[...]

JUIZ: Ele também recebia dinheiro?

DEPOENTE: Ele não cuidava dessas coisas. ***Ele recebia o dinheiro a mais, como os outros funcionários, ajuda de custo, mas ele não trabalhava com isso, ele não mexia com isso, mas conhecia, conhecia...***

[...]

JUIZ: Feito o depósito, quem levava o dinheiro para você, era o dono também, era o Hugo?

[...]

DEPOENTE: [...] Nesse caso a agência de publicidade, porque tudo é (sic) pago para a agência de publicidade.

JUIZ: Certo.

DEPOENTE: A agência recebia, tirava o percentual do terceiro que emprestou a nota.

[...]

JUIZ: No caso seria o Hugo?

DEPOENTE: O Hugo, [...] passava o terceiro o montante todo...

JUIZ: Ele fazia isso porque você determinava?

DEPOENTE: Sim, eu comprei nota dele. Então, eu pegava o valor dessa nota.

[...]

JUIZ: Mas você tinha conhecimento que aquela determinação para realização do serviço de gráfica ou de propaganda, o processo, embora do ponto de vista formal ele existia, mas o serviço não era prestado?

DEPOENTE: Isto, sim, até porque eu precisava comprar notas. Eu precisava fazer dinheiro. E para isto eu precisava comprá-las. *Então, mas usando os materiais que nós tínhamos e por isso que chamava a Ana. 'Ana preciso de 300 mil'. Aí ela trazia materiais, sobras de coisas que tinham sido feitas. Trazia e montávamos. O orçamento a Ana que montava os três orçamentos. [...] eu ligava [para as agências] 'vou usar o teu contrato', ia pronto para a agência, a agência não corria atrás de orçamento, de terceiros, de nada, já ia pronto do meu setor.*

JUIZ: O que eles levavam para você, então, só as notas fiscais?

DEPOENTE: Só a nota fiscal da agência.

JUIZ: Só a nota só.

DEPOENTE: Só.

[...]

JUIZ: Tá. Aí você se encarregava de fazer o depósito, depois eles retornavam, fazia o repasse, é isto?

DEPOENTE: Sim. Mas eles conheciam que eu estaria comprando essas notas de terceiros, ***as agências sabiam que eu estava usando o contrato para isto, para esta situação. Até porque alguns casos eles teriam que pagá-lo para mim****.*

[...]

MP: Excelência, quem fazia a negociação com o réu Hugo Sérgio sobre o percentual a ser cobrado, era a interroganda ou era a ré Ana Lúcia?

DEPOENTE: As duas.

JUIZ: Você e a Ana?

DEPOENTE: As duas. A Ana que me apresentou os 17% do Sérgio e eu aceitei.

[...]

MP: Além de reimpressão e assessoria qual mais era utilizado para desvio de dinheiro?

DEPOENTE: Sim, reimpressão, assessoria nem todas porque às vezes as agências de publicidade davam assessorias verdadeiras e assessoria e criações, porque existiam muitas criações feitas conosco, no próprio Governo nos tínhamos uma equipezinha, lógico, era dali de dentro, era nossa, a gente aproveitava e colocava junto.

MP: Excelência, quem montava a descrição contida nas notas fiscais que eram compradas pelo Governo do Hugo Sérgio para que fosse feita a reimpressão fictícia?

DEPOENTE: A Ana. A minha equipe que cuidava.

[...]

MP: Ana Lúcia Tavares?

DEPOENTE: Tavares.

MP: Pelos contratos, Excelência, havia necessidade de que a agência de publicidade apresentasse três orçamentos de empresas terceirizadas. Quem confeccionava os outros dois orçamentos além daquele apresentado pela Sergraf para o desvio do dinheiro?

DEPOENTE: A minha equipe, a Ana e o Michel que era outro funcionário.

JUIZ: Sob sua orientação?

DEPOENTE: Não. Eu só pedia o valor: preciso disso, três orçamentos, material, eles que cuidavam de tudo. [...] Houve casos pequenos de impressões verdadeiras, mas houve.

[...]

MP: [...] Ao prestar, ao dar entrevista ao jornalista a interroganda fala sobre PF que alguém recebia por PF. O que é PF?

JUIZ: Explica.

DEPOENTE: É uma palavra chula, pejorativa, PF é "por fora". Os funcionários comissionados, e, efetivos, tinham seus salariozinhos de Governo e existia uma complementação de salário por fora.

JUIZ. Ok.

[...]

DEFESA: Eu gostaria que ela exemplificasse para nós que tipo de despesas eram pagas com esse dinheiro que retornava?

JUIZ: Pois não.

> ***DEPOENTE: [...] Era pago: Nélcia Rita do PT, mas era uma complementação de um contrato que ela tinha com o Governo, a Nacizinha, a Naci do PT que não é, ela era dona de uma agência de publicidade chamada Iris Comunicação, ela não podia ser licitada. Ela era uma agência pequena. Então, ela prestava alguns trabalhos para D. Gilda, para a primeira dama, para a coordenadoria da mulher, e nós pagávamos assim. Rui Xavier, São Paulo, era uma equipe de imprensa jornalística que controlava em São Paulo todas as matérias do Governador. O que mais? Existem várias situações...O Tião Fotógrafo, eles não tinham contrato e nós pagávamos essa despesa para eles.*** (f. 1.904-1.911; f. 1.915-1.916; 1.919-1.920; 1922 e 1.924 – g.f.)

Como se vê, a servidora Ivanete Leite Martins, que delatou espontaneamente todo o esquema, detinha papel central na intermediação entre o Governo do Estado e a agência de publicidade contratada (RPS), e também com a gráfica que supostamente teria o melhor orçamento (Sergraph), assim o fazendo por determinação – e em cumprimento de ordem superior – do Subsecretário Oscar, e com a colaboração direta de Ana Tavares e José Roberto, que atestavam falsamente a prática dos serviços, ficando aquela, ainda, incumbida de confeccionar os orçamentos falsos, os quais representavam a tomada de preços que caberia, contratualmente, à RPS.

Ao contrário do que equivocadamente concluiu o Juízo a quo, a prova relativa a esse núcleo de atuação **é** cabal, e não permite, de forma alguma, a conclusão de que não teriam tais servidores conhecimento do ilícito praticado, ou mesmo "condições humanas" de verificar a efetiva prestação dos serviços, mormente porque, na espécie, diferentemente do que ocorrera no contrato que deu ensejo à Ação Civil Pública nº 0368828-84.2008[11], a natureza dos serviços solicitados – a maioria reimpressão de folders, cartazes etc. – era de fácil verificação, pelo menos quanto ao recebimento do lote dos materiais, já que a contagem individual seria, segundo se alega, um pouco mais dificultosa.

Imaginar o contrário daria azo à inusitada convalidação de uma declaração falsa, sem haver consequência alguma para essa conduta flagrantemente ilegal, sobretudo quando se tem na espécie – ainda que se considerasse hipoteticamente a ausência de dolo direto – uma clara violação pelo menos culposa aos princípios da eficiência e da legalidade (art. 37, caput, CF/88) e aos mais comezinhos postulados da gestão pública, configurando-se, por consequência, o ilícito administrativo previsto no art. 10, da Lei nº 8.429, de 02/06/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

A realidade estampada nos autos causa perplexidade e suplantar, na hipótese, a aplicação das devidas responsabilidades, seria inimaginável sob o pálio da Constituição Federal vigente, mesmo porque não se pode conceber que a atuação estatal se limite à mera prática de atos de ordem burocrática, destituídos de uma finalidade específica, de modo que, se mantidas as inusitadas conclusões da sentença recorrida, haveria, na espécie, uma ignominiosa chancela, no mínimo do descaso, da inoperância e da irresponsabilidade, em clara contraposição a toda uma gama de regras e deveres inerentes à atividade estatal.

Difícil também se conceber a absolvição dos particulares envolvidos, bem como das pessoas jurídicas por estes geridas, na medida em que tinham, como visto, imprescindível e significativa participação nos ilícitos, não apenas no que diz respeito ao consentimento para o "uso" do contrato para a criação de receita indevida e à emissão de Notas Fiscais falsas, mas sim também por terem participação ativa no processo de fraude, como por exemplo, a realização dos pagamentos a terceiros, determinados pelo Gabinete do Secretário e do Governador, os quais não tinham relação alguma com o objeto do contrato firmado.

Exceção a essa conclusão se vê apenas com relação à ré Odyllea Carvalhaes Siqueira – pessoa idosa, com mais de 86 anos de idade, e que é tia do sócio majoritário Hugo Borges –, a qual apenas consta no

11 Julgada improcedente, por falta de provas, inclusive em grau de recurso (3ª Câmara Cível, Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, j. 26/04/2016).

contrato social como sócia da Sergraph, mas delegou toda a gestão da atividade para o réu Hugo Sérgio, mediante outorga de procuração para livre e irrestrita prática de atos de administração.

Nesse sentido, não se concebe sua responsabilidade, por culpa *in eligendo* e *in vigilando*, como pretende o Ministério Público, porque, em se tratando de seara sancionatória, a condenação pretendida mais se aproximaria de responsabilidade objetiva, não aceita mesmo para a improbidade administrativa (v.g., AgRg no REsp 1.200.575/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 16/05/2016).

Diversa, entretanto, é a situação dos sócios Julian Pascual Sanz Mondragon e Sandra Maristela Velho Mondragon, pois comprovada nos autos a atuação direta e determinante da pessoa jurídica por estes gerida, sendo manifesta a obtenção de proveito econômico, bem como o concurso na prática ilegal, especialmente porque tinham ciência do desvio de finalidade quando permitiram que a RPS Publicidade e Promoções Ltda fosse utilizada inclusive para fazer pagamentos à terceiros que não tinham qualquer relação com o objeto do contrato.

A propósito, nos termos do art. 3º, da Lei nº 8.429, de 02/06/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), a responsabilidade por atos de improbidade "*é aplicável, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta*".

Por sua vez, a participação dos integrantes dos cargos de cúpula – Governador José Orcírio Miranda dos Santos e Secretário Raufi Antônio Jaccoud Marques –, restou também suficientemente comprovada nos autos, especialmente no que diz respeito ao conhecimento das irregularidades praticadas e à anuência com relação aos percentuais que deveriam ser pagos a título da chamada "caixinha" – a qual, aliás, se manteve em percentual menor mesmo quando se cogitou da extinção das "despesas extraoficiais" –, tudo com conhecimento e participação direta dos referidos gestores, conforme bem explicou em seu depoimento a servidora Ivanete Leite Martins, *verbis*:

> *[...]*
>
> *JUIZ: De acordo com a denúncia você esclareceu aos membros do Ministério Público que* ***havia uma caixinha destinada ao Secretário do Estado, o Ralph (sic), que correspondia ao percentual de 5% do valor bruto da nota fiscal, cujo numerário era utilizado para fazer frente as mais diversas despesas. É verdade?***
>
> ***DEPOENTE: Sim. Na época do Secretário Paulo Duarte era 15%.***
>
> ***JUIZ: E na época do Ralph (sic).***
>
> ***DEPOENTE: Do Ralph (sic) caiu para 5% porque o Ralph (sic) mandou cortar tudo, aí entraram num acordo as agência, 5%.*** *Mas no repasse desses 15% e depois 5%, no caso do Ralph (sic), do Secretário Ralph (sic), ele não chegou a pegar quase nada.*
>
> ***JUIZ: Então, mas quem depositava o dinheiro na caixinha, ou melhor, quem colocava dinheiro na caixinha era você?.***
>
> ***DEPOENTE: As agências...***
>
> *[...]*
>
> *JUIZ: Quem é que colocava o dinheiro na caixinha?*
>
> *DEPOENTE: Essa situação é outra situação.*

JUIZ: O Quê? Explica pra nós qual era essa situação?

DEPOENTE: O Gabinete precisava pagar despesas também que não podiam ser oficializadas, eu não sei, eu nunca entrei nesse contexto. Se nós pagamos hoje, digamos assim, 2 milhões de reais em publicidade, nós tirávamos, independente de ser líquido ou bruto, alguma coisa assim, era tirado 15% desse montante [...], que eles levavam no gabinete do Secretário, na época Paulo Duarte [...].

[...]

JUIZ: Entregava para você ou para o Ralph (sic).

DEPOENTE: Diretamente para o Secretário.

JUIZ: Então você que administrava a caixinha?

DEPOENTE: Não.

JUIZ: Quem administrava a caixinha? O recurso que ficava na caixinha?

DEPOENTE: Era a assessora do Secretário, na época [...] do Ralph (sic), a Salete.

JUIZ: Salete?

DEPOENTE: Terezinha.

JUIZ: Então, e quem que autorizava tirar o dinheiro da caixinha? Quem autorizava? Pode tirar, pode fazer o pagamento, quem fazia isso?

[...]

DEPOENTE: Não. Era com eles, em não tinha acesso. Do Gabinete, eu não tinha acesso.

[...]

JUIZ: Quem que administrava a caixinha?

DEPOENTE: A Salete. A Salete administrava.

JUIZ: Então ela recebia ordem de quem para poder usar o dinheiro?

DEPOENTE: Do Secretário.

JUIZ: Do Ralph (sic).

DEPOENTE: E muitas vezes do gabinete do Governador.

JUIZ: Então ela recebia ordens também do...

DEPOENTE: Do gabinete do Governador.

JUIZ: Da caixinha também atendia...

DEPOENTE: Era para pagar buffet, para pagar despesas, para pagar jornalistas que ia (sic) lá chorar.

JUIZ: E prestava-se conta desse dinheiro?

DEPOENTE: Não porque ele não existia. Ele não era oficial.

[...]

JUIZ: E você sabe me informar, qual seria o montante, assim, em média, que mantinha essa caixinha?

DEPOENTE: Não, porque...

JUIZ: Aproximadamente?

DEPOENTE: Por mês, para eles?

JUIZ: Isso, quanto que mantinha essa caixinha?

DEPOENTE: Dependia de quanto eu pagasse, se eu pagasse um milhão de reais, ia 15% desse um milhão de reais por mês.

JUIZ: Isso tudo em dinheiro?

***DEPOENTE: Em cash*, jamais aparecia em depósito, nada, era em dinheiro vivo.**

[...]

*MP: **Mais especificamente nesse final de Governo houve a interferência direta do Governo, do Governador José Orcírio Miranda nos pagamentos das agências de publicidade, inclusive, indicando 'é para pagar essa ou outra'?***

DEPOENTE: Houve porque somente ele poderia autorizar os últimos pagamentos.

JUIZ: Ele pessoalmente fez isso para você? Falou para você?

DEPOENTE: Eu não estive dentro com ele, do gabinete. Eu chegava até o gabinete.

[...]

JUIZ: Mas era de onde, era do gabinete?

DEPOENTE: Os assessores do gabinete do Governador. Desculpa, é que passaram muito tempo, um dos assessores do... Que fechava o financeiro comigo, eu ia para o gabinete, entrava para a sala do Governador, trazia, o Governador: 'isso aqui não, isso diminui, tal', e ele voltava: 'Ivanete, vamos mudar assim, mudar assado, o Governador mandava cortar: 'não paga mais' Houve esse tipo de situação sim.

JUIZ: Ok.

[...]

MP: [...] Excelência, eu gostaria que a interroganda deixasse bem claro e explicasse, assim, de forma bem concisa e clara, as duas formas de desvio de dinheiro público, onde tinha o dinheiro que era levado, entregue para o gabinete, ora do Secretário de Comunicação, ora para o Gabinete do Governador, e o dinheiro que era entregue para ela efetuar a distribuição, o pagamento aos servidores. Eu quero saber o seguinte: o valor,

o dinheiro que era entregue para ela saia de que percentual? Dos 17% da nota, da agência de publicidade? E os 5% ou 10% saia de onde? E ia para quem?

JUIZ: Entendeu?

DEPOENTE: Entendi. [...] ***Existia a compra de notas e compra de notas que é essa situação. O recurso todo era comprado mesmo. Quando era para o Secretário não era nota comprada, não era nada, era tirado 15%, depois passou para 5%, do montante que eu pagava o mês, que tirava das agência de publicidade. Então existia dois tipos de...***

JUIZ: Mas o recurso para o Secretário lá era compra de notas.

DEPOENTE: Não, não. Era de tudo que pagava. Poderia ser oficial ao não.

JUIZ: Mas de tudo que você pagava, você teve que comprar nota para poder...

DEPOENTE: É porque na verdade era compra de nota para pagar o que não poderia ser oficializado e existia publicidade oficial pura mesmo, ***existiam duas situações. A compra da nota só para aquilo que era necessário fazer dinheiro, mas existia a publicidade real, verdadeira. Isto aqui é uma situação. Para os Secretários independente de compra ou publicidade, era um pacote só, tirava 15% e ia para lá. [...]****.*

[...]

MP: Essas despesas não contabilizadas que não poderiam ser oficializadas elas giravam em torno de quê na época do Secretário Paulo Duarte e depois na época do Secretário Ralph (sic)?

[...]

JUIZ: O movimento total disso tudo, valor, total?

MP: As despesas, as despesas que não poderiam ser oficializadas, esse dinheiro que retornava para o Governo, girava em torno de quê mês a mês?

DEPOENTE: Mês a mês, existia um valor mensal na época do Secretário Paulo que chegava a 300, 400 mil mensal. Quando o Secretário Ralph (sic) assumiu ele mandou cortar tudo, mas permaneceu ainda cento e poucos mil reais mas aí era em relação ao gabinete do Governador.

MP: Excelência, em alguma oportunidade houve uma iniciativa do Governo de reduzir essas despesas, esses desvios de dinheiro? Em caso positivo houve em algum momento a determinação do Governador de que mantivesse alguns pagamentos de sua necessidade particular?

DEPOENTE: Houve um interesse, mas do Secretário Ralph, de deduzir e acabar com as despesas.

JUIZ: O Gabinete permaneceu?

DEPOENTE: A ordem do meu chefe imediato, que era o Oscar Ramos Gaspar, era de quem mandava era o Governador.

JUIZ: Ok.

MP: Excelência, eu vou ler aqui só para a interroganda dizer se ela confirma ou não isso aqui: que a partir da gestão de Ralph, essas despesas caíram para em torno

de 90 mil reais e depois para 70 mil, não tendo caído tudo porque havia a justificativa do Governador para manter alguns pagamentos de sua necessidade, segundo informava Oscar Ramos Gaspar, é verdade isso?

JUIZ: Já confirmou doutor...

DEFESA: Certo. Com relação ao contato que ela diz com o próprio Governador do Estado, ela foi bem clara em dizer que o contato dela era receber ordens do Oscar e disse que sabia que tinha coisas que era pedida pelo gabinete do Governador. Eu quero saber o seguinte. Era o Governador que pedia ou o oscar que mandava ela fazer o serviço dizendo que a ordem partia do Governador?

DEPOENTE: O Oscar sempre usava o nome do Governador, então, particularmente...Até comentei isso com os Promotores também.

JUIZ: A informação que ele dava é que ele recebia ordens do Governador?

DEPOENTE: Do Governador. *(f. 1.912-1.925- g.n)*

Conforme se observa, exsurge dos autos que o núcleo relativo à cúpula do Governo (Secretário Raufi e então Governador José Orcírio), com auxílio direto dos servidores Salete Terezinha de Luca e Oscar Ramos Gaspar, tinha plena consciência acerca da teia de ilicitudes praticadas na Secretaria de Coordenação-Geral de Governo (Secoge), mas, para além disso, os gestores exerciam também atos de comando, determinando como, quanto e quando deveria ser pago, seja no que concerne aos valores da "caixinha", seja no que tange aos valores relativos ao "retorno", deles auferindo claro benefício econômico e político, haja vista a institucionalização de um sistema paralelo de pagamentos a aliados políticos e a fornecedores de serviços de interesse político-pessoal de ambos.

A conhecida alegação de superiores hierárquicos, em situações tais, de que desconheciam as ilicitudes praticadas, cede à verdade, no caso dos autos materializada pelos robustos elementos de prova coligidos, que dão conta de uma atuação direta e consciente do então Secretário de Governo e do então Governador, mesmo que, para tanto, contassem com alguma intermediação dos servidores Oscar e Salete.

Tamanho era o grau de organização e extensão do modelo desvirtuado de gestão, que não se concebe, ainda que se quisesse fazer algum tipo de esforço nesse sentido, da completa e absoluta ingenuidade e desconhecimento da cúpula acerca das fraudes realizadas, mesmo porque, se isso fosse realmente verdade, se teria um ambiente de ainda mais perplexidade, pois se avultaria um contexto de tamanho desmando e desorganização que, à luz dos princípios da eficiência e da impessoalidade (art. 37, *caput*, CF/88), a improbidade decorreria não de uma conduta ativa, mas sim de uma grave e inaceitável conduta ilícita por omissão.

Contudo, diante das provas dos autos, não há margem para conclusão diversa, senão quanto à ululante e inarredável prática de atos comissivos pelos réus José Orcírio Miranda dos Santos e Raufi Antônio Jaccoud Marques, os quais não se escudam na frágil alegação de que não há prova quanto à prática de atos diretos de execução, sobretudo porque se sabe que os mandatários jamais praticam, de ordinário, atos de execução em cadeia, tal como, aliás, se verificou na espécie.

Ademais, é cediço que "*o sistema constitucional e legal não tolera a ingenuidade no trato da coisa pública, ainda que não afirme a responsabilidade objetiva do exercente da função pública*", e, assim sendo, "*a legalidade como condição para a atuação administrativa [...] impede que o agente se escuse na ingenuidade, no desconhecimento do risco ou no amadorismo*" (ROSA, Márcio Fernando Elias; e MARTINS JR, Wallace Paiva. **A teoria da cegueira deliberada e a aplicação aos atos de improbidade administrativa** – Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos. Coordenador Ministro Mauro Campbell Marques, Rio de Janeiro : Forense, 2017, pg. 238-239).

Mesmo que se invocasse exclusivamente a Teoria da Cegueira Deliberada (*conscious avoidance doctrine* ou *willful blindeness doctrine*) – o que não é, propriamente, o caso dos autos –, a hipótese versanda reuniria elementos de prova suficientes ao preenchimento de seus requisitos[12], pois restou cabalmente comprovado que os réus-mandatários da alta cúpula tinham pleno conhecimento do arranjo de ilicitudes praticadas – não em um órgão administrativo isolado e longínquo da Administração direta, mas sim no próprio átrio da Governadoria –, nada fazendo para que tais ilegalidades cessassem.

Bem lembra a doutrina que:

> *A legalidade permissiva, que difere da proibitiva típica das relações privadas (tudo pode, salvo violar o que a lei proíbe), impõe a presunção de que o agente será capaz de antever o perdimento da moralidade administrativa e com isso evitá-lo.*

Duas noções se entrelaçam: de um lado, a ausência de responsabilização objetiva do agente; de outro, a certeza de que ela não se pode pautar sua conduta ou se escusar pela omissão a partir do benefício da ignorância.

Sempre será possível delimitar a probabilidade de conhecimento ou não do ímprobo agir, medida pela experiência ordinária, e não atuará em benefício do agente a mera alegação de que dele não tomou direto conhecimento.

O grau de exigência do conhecimento **é** tanto maior quanto mais elevado **é** o cargo ou a função exercida pelo agente, e tanto maior quanto mais excepcional for o ato/contrato praticado (pelo valor, pela natureza, pelas partes envolvidas), por isso não se escusa na inobservância de deveres objetivos de cuidado. Ainda que ausente a intencionalidade, a má gestão resultante da cegueira que beneficia ou agente ou terceiros é que deve ser reprimida. E não se trata de assunção, pelo direito pátrio, da responsabilidade derivada de conduta ou por fato alheio, o que se pune é a associação, pelo descuido manifesto, de um dever que é próprio e típico do agente público, o dever de evitar a causação da violação do primado da moralidade administrativa. (Ob. Cit., pg. 239)

E, neste ponto, não se ignora o fato de ser comum a um chefe de poder a subscrição e a chancela dos mais variados atos, muitas vezes lastreado na confiança em servidores subalternos, podendo, sem dúvida alguma, vez ou outra, ser surpreendido com alguma atuação desleal e ilegal de seus subordinados, sem haver, contudo, qualquer conhecimento e participação de sua parte.

Todavia, ao contrário dessa hipotética situação pontual, aqui se cuida de situação diversa, sobretudo quando se vê que as condutas foram reiteradas, configurando, em verdade, práticas diárias, consistindo o esquema numa atuação corriqueira, com a consecução de atos que eram levados a efeito sempre com as mesmas características, quais sejam, se atestar serviços efetivamente não prestados, sendo, ainda assim, realizados os correspondentes pagamentos.

No quadro verificado, repito, se alegar simples desconhecimento, por parte do núcleo de cúpula, gera ainda mais reprovação, na medida em que se tem, em cargos dessa estirpe, uma exigibilidade ainda maior de proação e correção.

Não se concebe, ademais, de uma possível indagação acerca da expressão do prejuízo causado na espécie – se considerado, por exemplo, apenas o valor a que se refere esta ação civil pública –, primeiro, porque o contexto que ensejou o ajuizamento de diversas ações semelhantes **é** o mesmo ora apreciado; e,

12 *a*.- a ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, direitos ou valores envolvidos provenham de crime; *b*.- o atuar de forma indiferente do agente a esse conhecimento, e ***c*.-** a escolha deliberada do agente em permanecer ignorante a respeito de todos os fatos, quando possível a alternativa (STF-Apn nº 470-DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. 17/12/2012).

segundo, porque, não fosse a notoriedade dos valores noticiados à época da eclosão dos fatos (citou-se, em várias oportunidades, um prejuízo de dezenas de milhões de reais), há nos autos relato contundente da servidora Ivante, acerca da vultosa quantia mensal movimentada nesse sistema desvirtuado de receitas e pagamentos paralelos, conforme transcrições acima.

Assim, embora, neste caso em particular, o prejuízo não avulte, também não pode deixar de ser considerado relevante, para efeito de aplicação das sanções previstas em lei.

Diante do exposto, rogando sincera vênia aos ínclitos Desembargadores que votaram pela manutenção da sentença, acompanhando majoritariamente a divergência inaugurada pelo Des. Sérgio Fernandes Martins, voto no sentido de dar provimento ao recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual, para, julgando procedente os pedidos iniciais:

Condenar, nos termos do pedido inicial, os réus José Orcírio Miranda dos Santos, Raufi Antônio Jaccoud Marques, Salete Terezinha de Luca, Ana Lúcia Rodrigues Rosa Tavares, José Roberto dos Santos, Oscar Ramos Gaspar, Gráfica e Editora Quatro Cores Ltda (Sergraph), Hugo Sérgio Siqueira Borges, Sandra Maristela Velho Mondragon, Ivanete Leite Martins, RPS Publicidade e Promoções Ltda e Julian Pascual Sanz Mondragon, pela práticas das condutas previstas no art. 10, inc. I, XI e XII, da Lei 8.429, de 02/06/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), absolvendo-se, entretanto, a ré Odyllea Carvalhaes Siqueira, pela razões suso expostas;

Aplicar aos condenados as penas previstas no art. 12, inc. II, da Lei 8.429, de 02/06/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), assim especificadas na espécie: ressarcimento integral do dano, avaliado na hipótese em R$ 96.198,89, e consectários legais; suspensão dos direitos políticos, pelo prazo de seis (6) anos; pagamento de multa civil no valor total de R$ 100.000,00, com os consectários legais, e de forma solidária, haja vista a participação uníssona e relevante de todos os condenados, 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 (5) anos; e

Declarar rescindido o Contrato nº 05/2005, firmado entre o Estado de Mato Grosso do Sul e a RPS Publicidade e Promoções Ltda, ante a flagrante ocorrência de desvio de finalidade em sua execução.

Sem condenação em custas e honorários, *ex vi lege*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, rejeitaram a preliminar. Por maioria, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º vogal, vencidos o relator e o 2º vogal, nos moldes do artigo 942 do cpc.

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. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan, Des. Nélio Stábile e Des. Paulo Alberto de Oliveira.

Campo Grande, 07 de março de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0820662-85.2013.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA – AFASTADA SEQUESTRO OCORRIDO EM ESTACIONAMENTO DE SHOPPING CENTER – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DE VIDA – MONTANTE INDENIZATÓRIO FIXADO EM R$ 25.000,00 PARA CADA AUTOR – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS – RECURSO NÃO PROVIDO.

Mantém-se a sentença que condenou o estabelecimento comercial à reparação pelos danos materiais e morais decorrentes de assalto seguido de sequestro relâmpago ocorrido no seu estacionamento, porquanto a fixação de indenização, no caso, encontra-se em estreita consonância com a Súmula 130 do STJ, que dispõe que "*A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estabelecimento*".

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 24 de janeiro de 2017.

Des. Sérgio Fernandes Martins - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Trata-se de apelação cível interposta por Condomínio Norte Sul contra sentença (fls. 274-285) que julgou parcialmente procedente a ação indenizatória ajuizada por Sérgio Delvizio Freire Júnior e outra.

O condomínio apelante alega, em síntese, que:

> *É certo que há nítida tendência, nessas hipóteses, de reconhecimento da responsabilização, como a jurisprudência do C. STJ sinaliza. Ocorre que a responsabilização, nos casos de guarda de veículos em estacionamentos de supermercados e/ou shopping centers, decorre do denominado risco-criado ou risco proveito, uma vez que o serviço de estacionamento é agregado, por extensão, ao exercício do comércio por conta dos benefícios indiretos decorrentes desse conforto propiciado ao cliente, que se apresenta como um atrativo do estabelecimento comercial.* (fls. 292-293)
>
> *Não é razoável, data venia, exigir que o Apelante garanta integralmente a segurança física e patrimonial dos consumidores porque sequer é possível falar ou explicar como isso deve ser feito.* (f. 293)

Ademais, o dever anexo de segurança, na relação de consumo, comporta enquadramento condizente com o serviço ofertado, sendo certo que, no caso dos autos, a atividade acessória (estacionamento) desenvolvida pelo Apelante não alcança a obrigação de reparar eventual dano advindo de fato de terceiro (caso fortuito – fortuito externo). (f. 296)

Nos precedentes mencionados destacam-se três aspectos para a existência de excludente de responsabilidade por fortuito externo, quais sejam (i) o fato causado por terceiro é estranho aos riscos do desempenho normal da atividade; (ii) embora alguns crimes sejam habituais < assaltos frequentes em determinada linha de ônibus >, a habitualidade não é incorporada como risco da atividade; (iii) exige-se a adoção de cautelas mínimas de segurança, e somente se estas não forem adotadas é que existe o dever de Indenizar. (f. 300)

Esses três critérios, abraçados para excluir a responsabilidade das transportadoras, são ignorados no que diz respeito à responsabilidade dos estabelecimentos comerciais. (f. 300)

Nesse contexto, é essencial a tomada do depoimento pessoal das partes, notadamente, dos envolvidos diretos no assalto, assim como de testemunhas a serem arroladas pelo Apelante, pois a dispensa dos depoimentos representa verdadeiro cerceamento de prova. (f. 205)

(...) tendo em vista que a ausência de depoimento testemunhal ocasionou prejuízo ao direito do Apelante em comprovar existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos Apelados, nos termos do art. 333, inciso II, do CPC, impõe-se o reconhecimento da nulidade da sentença prolatada, forte no art. 24919 do CPC. (f. 205)

O lamentável episódio narrado na inicial e que levou os Apelados a serem deixados a vários quilômetros longe de sua residência constitui exemplo clássico de fortuito externo capaz de romper o nexo causal entre o dano e a conduta do Apelante. (f. 212)

A indenização por danos morais não prospera, uma vez que, no caso específico, não ficou demonstrada nenhuma ausência ou defeito de segurança por parte do Apelante apta a evitar a ocorrência do assalto sofrido pelos Apelados. (f. 319)

Assim, uma condenação no patamar concedido pelo julgador a quo, em valor altíssimo, qual seja, R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) se mostra desproporcional ao caso, causando enriquecimento ilícito, o que não se pode admitir, vez que contra legem (f. 322)

(...) observa-se que a sentença recorrida não observou todas as cláusulas constantes da apólice, de modo que o Apelante contratou junto à Seguradora cláusula particular exclusiva para cobertura de danos morais como o presente Caso. (f. 327)

Ao final, requer:

(...) seja conhecido e provido o presente recurso de apelação, para o fim anular a sentença recorrida, reconhecendo que houve cerceamento ao direito de defesa e contraditório em face do Apelante, por todas as questões pontuadas acima. Caso não seja este o entendimento, requer-se o provimento do recurso, para o fim de reformar integralmente a sentença, em razão da existência de excludente de responsabilidade civil, o que acarretou no rompimento do nexo de causalidade em razão de acontecimento de força maior, ensejando na ausência de pressupostos para configuração da responsabilidade civil. Caso seja mantida a condenação ao pagamento de indenização por dano moral, o que não se espera, pelo princípio da eventualidade, pugna o Apelante pela reforma da sentença para o fim de que seja minorada a quantia fixada à título de dano moral, devendo ser devidamente

atendidos os critérios objetivos para a fixação do quantum. Requer-se, também, a reforma da sentença para o fim de julgar procedente a lide secundária, condenando a Seguradora ao pagamento de eventual condenação que venha a sofrer o Apelante, ante a cobertura contratada, invertendo-se, consequentemente, os ônus sucumbenciais para esta lide. (fls. 330-331)

Os apelados, devidamente intimados, apresentaram contrarrazões às fls. 337-346 e fls. 347-364.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta pelo Condomínio Norte Sul contra sentença (fls. 274-285) que julgou parcialmente procedente a ação indenizatória ajuizada por Sérgio Delvizio Freire Júnior e outra.

A sentença ora combatida, naquilo que interessa à solução da lide, tem a seguinte redação:

(...) No caso dos autos, os autores foram vítimas de assalto no estacionamento do shopping center, após sair de uma sessão de cinema nas dependências do estabelecimento. Ora, não se questiona que a segurança oferecida por toda a estrutura dos shoppings centers é um benefício oferecido aos consumidores para que eles usufruam dos demais serviços prestados pelo estabelecimento, sendo o próprio estacionamento um benefício extra colocado à disposição dos clientes.

(...)

Com efeito, o autor teve seu veículo roubado no estacionamento do réu, sendo vítima, ainda, do popularmente chamado "assalto relâmpago", juntamente com a autora, fato que certamente lhes deixou sequelas Emocionais.

(...)

A despeito da argumentação da parte requerida, não vislumbro hipótese de exclusão da responsabilidade do estabelecimento comercial, porquanto o defeito na segurança existiu, tanto que o assalto ocorreu.

(...)

Diante do exposto, com amparo do art. 269, I, do CPC:

a) Julgo parcialmente procedentes os pedidos formulados pelos autores em face do Shopping Norte Sul Plaza Condomínio Norte Sul, para o fim de condenar o réu ao pagamento de indenização por danos materiais ao autor, no valor de R$ 1.259,43, atualizado monetariamente pelo IGP-M desde a data do evento danoso, e acrescido de juros de mora, também desde a data do evento danoso, e ainda, ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), sendo R$ 25.000,00 para cada autor, corrigido monetariamente pelo IGP-M e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da data da publicação desta sentença.

b) Julgo improcedente os pedidos formulados pelo Shopping Norte Sul Plaza em desfavor de Chubb do Brasil Companhia de Seguros, na forma da fundamentação.

Considerando a sucumbência mínima dos autores e o resultado da lide, condeno o réu Shopping Norte Sul Plaza ao pagamento das custas processuais e honorários

> *advocatícios, que fixo em 15% do valor da condenação em favor do procurador dos autores, a teor do art. 20, § 3º do CPC, considerando o tempo de tramitação da ação, a natureza das lides, e, por outro lado, a desnecessidade de instrução em audiência.*
>
> *Condeno ainda o réu ao pagamento de honorários advocatícios em favor do advogado da litisdenunciada, no valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), observados os critérios do Art. 20, §4º do CPC (fls. 274-284).*

Por primeiro, anoto que, tendo em vista a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, antes de analisar as razões do presente recurso, necessária breve explanação sobre as normas utilizadas para o seu julgamento.

Na espécie, o advento do NCPC implica em examinar os efeitos do direito intertemporal que incidem no caso concreto, a teor do que consta no art. 14, do CPC, assim redigido:

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

Ou seja, a regra geral que trata da vigência da lei no tempo é a da irretroatividade da lei nova. A retroatividade é exceção, com interpretação e aplicação restritivas, ante as disposições da Constituição Federal que, em seu art. 5º, inciso XXVI, diz que a lei não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Os atos processuais já praticados sob a égide da lei antiga caracterizam-se como atos jurídicos processuais perfeitos, estando protegidos pela referida garantia constitucional, não podendo ser atingidos pela lei nova.

Assim, considerando que a sentença ora recorrida foi proferida sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, regramento esse também observado na interposição do recurso em questão, o presente julgamento deve observar aquelas disposições legais e não as novas.

Aliás, os enunciados administrativos aprovados pelo plenário do Superior Tribunal de Justiça na sessão de 9 de março de 2016, em especial o Enunciado 2[1], acenam nesta direção.

Feitas essas considerações, passo ao exame dos autos.

O shopping apelante, em suas razões recursais, requer seja dado provimento ao recurso para o fim de anular a sentença, porquanto teria havido cerceamento do seu direito de defesa; reformar a decisão *a quo*, em razão da existência de excludente de responsabilidade civil, afastando, dessa forma, o dever de indenizar. Caso seja mantida a condenação, requer, alternativamente, a redução da quantia fixada a título de indenização pelo magistrado. Por fim, pugna pela procedência da lide secundária, com a condenação da seguradora ao pagamento da indenização fixada.

Preliminar de cerceamento de defesa.

O apelante alega que teve o seu direito de defesa cerceado, porquanto o juízo de piso indeferiu a realização de provas orais e testemunhais.

Sem razão o apelante, isso porque, conforme bem destacou o magistrado de piso, juiz Flávio Saad Peron, a existência de responsabilidade ou não decorre, no caso, de fatos incontroversos, constituindo,

1 STJ - Enunciado administrativo n. 02 - Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

portanto, matéria unicamente de direito, razão pela qual o julgador tem a faculdade de proferir julgamento no estado em que se encontra o processo.

Ao juiz, como cediço, cabe apreciar a questão de acordo com o que entender necessário para a solução de demanda. Não está obrigado o magistrado a julgá-la conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento, forte no disposto no art. 131[2] do Código de Processo Civil de 1973, usando fatos, provas, jurisprudência e legislação que entender aplicáveis ao caso.

Vale dizer, o livre convencimento motivado do juiz, aliado ao seu poder de direção e de instrução, autorizam-no a dispensar a produção de provas, ainda mais em circunstâncias como a dos autos em que o conjunto probatório indica que não é necessário fazê-lo.

Destarte, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa.

No mérito, nego provimento ao recurso.

Com efeito, o apelante alega que não deve responder pelos danos ocorridos aos apelados no interior de seu estabelecimento, porquanto presentes, no caso, excludentes de ilicitude.

Ora, aqui também melhor sorte desassiste ao apelante.

Por primeiro, anote-se que a relação jurídica estabelecida entre as partes litigantes é regida pelo Código de Defesa do Consumidor, porquanto "*consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*".[3]

Logo, a responsabilidade civil do ora apelante deve ser analisada sob a ótica objetiva, conforme disposto no art. 14, do Código Consumerista[4].

Assim, para que o fornecedor de serviços afaste mencionada responsabilização, necessária a prova da ruptura do nexo de causalidade, conforme dispõe o § 3º do supracitado artigo e isso ocorre apenas quando restar comprovada a inexistência do defeito ou quando houver culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

No caso dos autos, sobressai que não houve nenhuma excludente da responsabilidade do estabelecimento, porquanto o defeito na segurança, de fato, existiu, tanto que o sinistro ocorreu.

Não há também falar em culpa dos consumidores, pois usufruíram do estacionamento durante o horário normal de funcionamento do shopping e, ninguém, por preço algum, gostaria de ficar refém de assaltantes armados mesmo que fosse por alguns poucos minutos.

2 Art. 131 do CPC: "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que na alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

3 Art. 2º do Código de Defesa do Consumidor

4 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.

No que diz respeito a eventual culpa de terceiro, referido argumento igualmente não merece prosperar, pois, tratando-se de estabelecimento sob a administração privada, o fornecedor do serviço deve assegurar aos seus clientes segurança, não podendo repassar a responsabilidade para os entes públicos.

A propósito, a Súmula 130 do Superior Tribunal de Justiça dispõe que:

> *A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estabelecimento.*

Nesse sentido:

> *RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. FURTO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO. DANO MORAL. OBRIGAÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE ZELAR PELA SEGURANÇA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL. DATA DA CITAÇÃO. SÚMULA 83/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. AGRAVO IMPROVIDO.*
>
> *1. É inadmissível o recurso especial quanto à questão que não foi apreciada pelo Tribunal de origem. Incidência das Súmulas n. 282 e 356/STF.*
>
> *2. A orientação jurisprudencial desta Corte Superior firmou-se no sentido de que é dever dos estabelecimentos comerciais, como shoppings centers e hipermercados, zelar pela segurança de seu ambiente, não havendo que falar em caso fortuito ou força maior, com intuito de afastar a responsabilidade civil decorrente dos atos violentos praticados no interior de suas dependências, inclusive na área de estacionamento. (...)*[5]

Desse modo, considerando-se a responsabilidade objetiva do shopping, deve o estabelecimento responder pelo fortuito interno decorrente da má prestação do serviço, não havendo falar em reforma da sentença.

Presente a ilicitude da conduta, tenho que caracterizado está o dano moral, porquanto trata-se de dano *in re ipsa*, ou seja, aquele que independe de prova.

Assim, escorreita a sentença que condenou o apelante ao pagamento de indenização por danos morais.

Outrossim, como sabido, no que diz respeito à quantia arbitrada a título de danos morais, não há no ordenamento jurídico nacional parâmetros legais rígidos para a fixação do *quantum* indenizatório. A questão é tratada com viés subjetivo, devendo, portanto, obedecer a critérios estabelecidos pela doutrina e jurisprudência, de modo a servir o valor da indenização de lenitivo ao lesado e de desestímulo ao causador da ofensa.

A determinação da quantia devida a título de danos morais fica, destarte, ao arbítrio do juiz e deve ater-se aos prejuízos morais sofridos pela vítima, obedecendo aos pressupostos essenciais para a sua fixação.

Anote-se que, no caso dos autos, como bem pontuou o magistrado de piso, juiz Flávio Saad Peron, "*os autores foram mantidos no veículo e forçados a tentar sacar dinheiro em vários caixas automáticos, antes de serem abandonados fora do perímetro urbano em plena madrugada, incrementando o prejuízo emocional decorrente do assalto*" (f. 281).

Neste contexto, verifico que o valor estabelecido pelo magistrado sentenciante, no importe de R$ 25.000,00 para cada autor, atende à finalidade punitiva da reparabilidade civil, devendo, portanto, ser mantido.

5 AgRg no AREsp 841.921/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 05/05/2016, DJe 13/05/2016.

No que diz respeito ao pedido de denunciação da lide da seguradora, melhor sorte não assiste ao apelante, porquanto como bem anotou o juízo de origem:

> *(...) Os valores relativos aos danos materiais comprovados, que deverão ser indenizados pelo estabelecimento requerido, bem como a indenização por danos morais não estão abrangidos pela apólice contratada, porquanto excluídos expressamente consoante cláusula IV* (fls. 225/226).
>
> *Assim, não faz jus o estabelecimento comercial denunciante ao ressarcimento do valor a que foi condenado a pagar aos autores pelos danos por eles suportados, tampouco se faz possível a condenação direta da seguradora ao pagamento dessa indenização* (f. 284).

Registre-se, por fim, que, considerando o grau de zelo do profissional liberal, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, assim como o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o desenvolvimento do serviço, forte no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973, deve o valor da verba honorária fixada na sentença em 15% sobre a condenação ser mantido.

Ante o exposto, como retroafirmado, nego provimento ao recurso interposto, mantendo intacta a sentença de origem.

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. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Marcelo Câmara Rasslan e Des. Divoncir Schreiner Maran.

Campo Grande, 24 de janeiro de 2017.

***

Órgão Especial
Direta de Inconstitucionalidade nº 2000001-82.2016.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Des. Sérgio Fernandes Martins

EMENTA – MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI MUNICIPAL N. 5.092/2012 – INSTITUIÇÃO DA QUINTA GOSPEL – PRESENÇA DOS REQUISITOS – CAUTELAR CONCEDIDA.

Concede-se a medida cautelar pretendida para suspender os efeitos do ato normativo inquinado de inconstitucionalidade se presentes os requisitos autorizadores, mormente a fumaça do bom direito, na medida em que este Órgão Especial possui firmes precedentes que reconhecem como sendo exclusiva do Chefe do Executivo a iniciativa de leis que criem despesas para o município, o que, em análise superficial própria desta fase do processo, revela-se plausível na norma legal hostilizada.

A promoção de evento de cunho religioso apenas para um grupo de pessoas que professa uma determinada fé, utilizando-se de recursos públicos, além de causar prejuízo econômico ao erário municipal, viola direitos expressamente inseridos na Carta Magna, tais como a liberdade religiosa, a laicidade do estado e o princípio da isonomia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, deferir o pedido cautelar. Ausente, justificadamente, o Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Campo Grande, 25 de janeiro de 2017.

Des. Marcelo Câmara Rasslan - Relator, em subst. Legal

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

O Procurador-Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul propõe ação direta de inconstitucionalidade em face do Município de Campo Grande buscando a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 5.092/2012, que instituiu na Praça do Rádio Clube a Quinta Gospel no Município de Campo Grande e dá outras providências.

Alega, em síntese, que: "*Referido dispositivo legal padece, primeiramente, de vício de inconstitucionalidade formal, consistente em vício de iniciativa, haja vista que, por se tratar de lei que impõe ônus administrativo e econômico ao ente público, criando despesa pública, trata de matéria que somente poderia ser disciplinada por iniciativa do Chefe do Executivo. Entretanto, como se extrai da documentação acostada aos autos, referida norma foi originada por projeto de lei de iniciativa dos Vereadores Lídio Lopes, Paulo Siufi, Magali Picarelli, Thais Helena, Mário César, Professora Rose, Herculano Borges e Dr. Jamal (Projeto de Lei nº 7.193/2012)*" (f. 3); "*Além disso, referida lei, ao beneficiar com recursos públicos*

apenas um segmento religioso, discriminando explicitamente todos os demais interessados, acabou ferindo os princípios da igualdade e da impessoalidade, bem como a liberdade de consciência e de crença que impõe o reconhecimento da igualdade de todos os cultos e credos, conforme adiante será exposto" (f. 3); "*Convém ressaltar que a Lei Municipal nº 5.092/2012 ocasionou, além do uso de espaço público, a utilização da estrutura administrativa e financeira do Município de Campo Grande, em especial no que toca ao envolvimento da Fundação Municipal de Cultura, que ficou incumbida de organizar e divulgar o evento, contratando e pagando artistas evangélicos, bem como onerando os serviços de apoio à segurança e atendimento à saúde dos participantes, constituindo verdadeira interferência indevida do Poder Legislativo no orçamento do Poder Executivo*" (f. 7); "*A comprovação do ônus imposto ao Poder Público Municipal emana indiscutível das cópias de vários contratos de prestação de serviços celebrados entre a Fundação Municipal de Cultura e artistas de orientação gospel evangélica, a exemplo do contrato formalizado com Rosa de Saron Produções Artísticas Ltda.-ME no importe de R$ 42.256,00 (quarenta e dois mil, duzentos e cinquenta e seis reais), no qual ficou estipulado no item 3.2, da obrigação da contratante, os seguintes ônus impostos ao ente municipal*"(fls. 7-8); "*Tais preceitos, por inarredável imposição de simetria, foram igualmente contemplados na Constituição de Mato Grosso Do Sul, nos termos do seu artigo 67, §1º, inciso II, alínea "d" no que se refere à exclusividade de iniciativa para projetos de lei que interfiram na organização e funcionamento dos órgãos da administração pública bem como no artigo 66, §4º, inciso III no que diz respeito à previsão do Princípio da Separação dos Poderes motivo pelo qual resulta incompatível com a Constituição Estadual a aprovação da Lei Municipal nº 5.092/2012 a partir da iniciativa de um grupo de Vereadores*" (f. 9); "*O legislador Municipal, entretanto, ao editar a Lei Municipal n º 5.092/2012, não se atentou para a regência do aludido princípio constitucional, instituindo subvenção pública que prestigia exclusivamente o público evangélico, provendo-lhe de toda estrutura necessária, inclusive custeando a contratação de artistas que propagam a doutrina gospel evangélica, sem assegurar idêntica oportunidade aos demais segmentos religiosos*" (f. 14); "*A Lei Municipal impugnada, ao oferecer suporte financeiro e apoio administrativo, às custas do Erário, para o atendimento de um grupo religioso específico, sem resguardar idêntico tratamento às demais religiões, afastou-se frontalmente desses preceitos*" (f. 15); e "*Por consequência, cuida-se de norma despida de caráter geral, destinada à subvenção pelo Poder Público de um único segmento religioso, o gospel evangélico, estabelecendo um favorecimento que se revela constitucionalmente inviável, mormente quando se infere dos autos que representantes de outras religiões solicitaram isonomia de tratamento e obtiveram resposta negativa*" (f. 18).

Requer "*o recebimento desta petição inicial e a ulterior suspensão, em caráter liminar, da eficácia da Lei Municipal nº 5.092/2012, observando-se o procedimento disposto no art. 514 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça*". (f. 21). (Destaquei).

Acerca da medida liminar, o Município de Campo Grande manifestou-se às fls. 355-366, suscitando a "*(...) preliminar de ilegitimidade passiva e, caso se adentre ao mérito, por não preenchidos os requisitos legais, requerse o indeferimento do pedido cautelar*".

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se, às fls. 372-378, nos termos do art. 10, §1º, da Lei nº 9.868/99, pela concessão da medida.

VOTO

O Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins. (Relator)

Cuida-se de medida cautelar requerida pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul na ação direta de inconstitucionalidade proposta em face da Lei Municipal n. 5.092/2012, que instituiu a Quinta Gospel, atividade artístico-musical destinada tão somente a um único segmento religioso, qual seja, o gospel evangélico, a qual possui os seguintes dispositivos:

Institui na Praça do Rádio Clube a Quinta Gospel no Município de Campo Grande e dá outras providências.

Faço saber que a Câmara Municipal aprovou e eu, Nelson Trad Filho, Prefeito Municipal de Campo Grande, Capital do Estado de Mato Grosso do Sul sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica instituída a Quinta Gospel na Praça do Rádio Clube, no Município de Campo Grande-MS.

Art. 2º A quinta gospel será realizada na quinta-feira que antecede a noite da seresta utilizando a mesma estrutura que é utilizada na noite da seresta.

Art. 3º O evento deverá ser realizado com artistas nacionais e regionais.

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

Assevera o requerente, em síntese, que a referida norma legal contém vício formal de iniciativa, assim como vício material por ferir os princípios da igualdade e da impessoalidade, bem como a liberdade de consciência e de crença.

A cautelar deve ser deferida.

Com efeito, a fumaça do bom direito, notadamente na alegação de existência de vício formal, encontra-se presente, na medida em que o art. 61, § 1º, da Constituição Federal[1] e o art. 67, §1º, inciso II, alínea "d", da Constituição Estadual[2] são expressos em reservar ao Chefe do Executivo a iniciativa de leis que criem despesas para o Poder Executivo.

Nota-se, ainda, que o Órgão Especial possui firmes precedentes que reconhecem como sendo de iniciativa exclusiva do Poder Executivo Municipal a proposição de leis que possam gerar ônus administrativo e econômico para a municipalidade, criando despesa pública, entre as quais, em uma análise superficial própria desta fase do processo, ao que tudo indica, encontra-se a lei epigrafada.

Nesse sentido:

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – VÍCIO NA ELABORAÇÃO DE LEIS DE INICIATIVA EXCLUSIVA DO EXECUTIVO – NORMA QUE OFENDE ARTIGO DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA.

1 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:
a) criação de cargos, funções ou empregos públicos na administração direta e autárquica ou aumento de sua remuneração;
b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;
c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;
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;
e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;
(...)

2 Art. 67. A iniciativa de leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do estado, ao Tribunal de Justiça, ao Tribunal de Contas, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, nos termos desta Constituição.
§1º. São de iniciativa do Governador do Estado as leis que:
(...)
II- disponham sobre:
(...)
d) a criação, a estrutura e as atribuições das Secretarias de Estado e dos órgãos da administração pública.

Ofende a Constituição Federal a lei de iniciativa parlamentar que cria atribuições para órgãos públicos e aumenta despesas, uma vez que, no caso, cabe ao chefe do Poder Executivo, privativamente, a deflagração do processo legislativo. Ação julgada procedente, de acordo com o parecer.[3]

De outro norte, o prejuízo econômico a ser suportado pelo erário municipal com a promoção de evento de cunho religioso apenas para um grupo de pessoas de determinada fé, utilizando-se de espaço e de recursos públicos, evidencia a presença do perigo da demora.

Anote-se, ademais, que o deferimento da medida cautelar tende a prevenir a violação a direitos expressamente inseridos na Carta Magna, como a liberdade religiosa, a laicidade do estado[4] e o princípio da isonomia[5].

Por essas razões, com o parecer, defiro a presente medida cautelar para o fim de suspender a eficácia da Lei Municipal nº 5.092/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e com o parecer, deferiram o pedido cautelar. Ausente, justificadamente, o Des. Fernando Mauro Moreira Marinho.

Presidência do Exmo. Sr. Des. João Maria Lós

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Fernandes Martins.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sérgio Fernandes Martins, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Julizar Barbosa Trindade, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Marco André Nogueira Hanson e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 25 de janeiro de 2017.

***

3 TJMS. Órgão Especial. Ação Direta de Inconstitucionalidade - N. º 4004362-16.2013.8.12.0000. Rel. Des. Oswaldo Rodrigues de Melo, j. em 15.10.2013.

4 Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

5 Art. 5 da CF/88. 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 a propriedade.

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0001345-77.2008.8.12.0012 - Ivinhema
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRIGAÇÃO DE FAZER – TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – OBRIGAÇÃO DE RECUPERAÇÃO DE ÁREA DEGRADADA – NOVO CÓDIGO FLORESTAL – LEI N. 13.295/2016 – INSCRIÇÃO NO CADASTRO AMBIENTAL RURAL (CAR) E IMPLANTAÇÃO DO PROGRAMA DE REGULARIZAÇÃO AMBIENTAL (PRA) – DILAÇÃO DE PRAZO – APLICAÇÃO IMEDIATA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

As obrigações estabelecidas em termo de ajustamento de conduta, referentes à forma de recuperação de área degradada, não são exigíveis se incompatíveis com as determinações contidas na novel legislação ambiental. E, ainda que sejam compatíveis, deve-se considerar que houve nova alteração legislativa para o fim de prorrogar a obrigatoriedade de inscrição no cadastro ambiental rural e, por conseguinte, da implantação do Programa de Regularização Ambiental - PRA, que daquele depende. O Novo Código Florestal é norma geral e posterior, apto a incidir imediatamente sobre as obrigações ambientais dos proprietários de imóvel rural. A Lei 13.295, de 13 junho de 2016, prorrogou o prazo para inscrição no Cadastro Ambiental Rural até 31 de dezembro de 2017, e, por conseguinte, para implantação do Programa de Regularização Ambiental - PRA, que daquele depende.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e contra o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 14 de fevereiro de 2017.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Walter Klesse interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da ação civil pública que lhe move o Ministério Público Estadual, na qual foi julgado procedente o pedido para implantação do Cadastro Ambiental Rural – CAR - para fins de averbação da reserva legal em sua propriedade rural, bem como indicação do Programa de Recuperação Ambiental, qual o profissional contratado, estudos em andamento. Alega que a Lei n. 12.61/12 individualiza situações de forma que as pessoas são ajustadas a determinadas categorias jurídicas e assim são atribuídos determinados direitos e obrigações à algumas pessoas que não são direcionados à outras, como é o caso das obrigações e benefícios contidos no art. 61-A e 67. Aduz que isso se evidencia na medida em que obrigações impostas a um grande proprietário rural, onde o isolamento de um ou mais hectares não afetaria em grandes proporções a área utilizada, não poderia ser as mesmas para um pequeno proprietário, onde qualquer fração de terra é importante à sua subsistência.

É isso, segundo seu entendimento, que os artigos mencionados novo Código Florestal veio corrigir em relação ao antigo regramento. Assim, defende que a sentença deixou de observar esse entendimento, impondo severas desmedidas quanto à recuperação, proteção, manutenção e uso sustentável do meio ambiente, tendo em vista a área rural do apelante de 104,6320 hectares, menor que quatro módulos fiscais para a região de Ivinhema/MS, de forma que toda obrigação imposta, além daquelas exigidas pelo novo Código Florestal, seria desnecessária e contrária à legislação vigente, vez que já atendida, a exemplo da inscrição no Cadastro Ambiental Rural – CAR. Assevera que o raciocínio deve ser o mesmo para o caso de escalonamento progressivo de tributos decorrentes do tamanho do imóvel rural (Lei n. 9.393/96), cuja matéria foi considerada constitucional. Tece considerações acerca da vedação ao retrocesso ambiental. Por fim, destaca o conflito existente entre a norma aplicada do atual Direito Ambiental (Lei n. 12.651/12) e aquele princípio que vedaria suas benesses. Por fim, alega a necessidade de reforma da sentença quanto à obrigação de fazer e não fazer, pugnando-se pela aplicação dos artigos 61-A e 67 da Lei n. 12.651/12 em benefício do apelante, tendo em vista sua constitucionalidade material, pois certas obrigações não poderiam alcançar os pequenos proprietários rurais, em razão do princípio da isonomia *stricto sensu*, onde se busca valer a proporcionalidade aplicada ao caso concreto. Pugna pelo provimento do recurso com a reforma da sentença.

Contrarrazões pelo desprovimento. A Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso de apelação. O recurso foi recebido em ambos os efeitos e sobre essa decisão as partes nada requereram. A Procuradoria de Justiça informou que emitiu parecer e pugnou pelo retorno dos autos a este Relator.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Trata-se de ação civil pública ajuizada em 20 de agosto de 2008, pelo Ministério Público Estadual de Mato Grosso do Sul, em desfavor de Walter Klesse, visando a concretização das obrigações de fazer entabuladas em Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta celebrado em 04 de dezembro de 1998, consistentes, entre outras, na apresentação de Projeto de Recuperação de Área Degradada (PRAD).

O juízo *a quo,* aplicando as novas previsões da Lei 12.651/12, proferiu sentença nos seguintes termos:

> *(...) Nota-se que o prazo para regularização do TAC há muito se esvaiu, e até mesmo o da lei. A nova regulamentação prevê a incorporação da área de APP quando houver para mensurar o tamanho da reserva legal, permite-se prazo elástico para completar a recuperação, mas o prazo de cadastro rural e apresentação do plano/programa de recuperação já está em pleno descumprimento!*
>
> *Isto posto, coloco termo à fase de conhecimento do processo (CPC, art. 269, I), para acolher em parte os pedidos ministeriais, adaptando prazos à nova legislação e determinado que o polo passivo finalmente passe a cumprir a legislação ambiental.*
>
> *Assim, depois de tantos prazos concedidos, assevero que a implantação do CAR, impõe que o pólo passivo prove o requerimento protocolando perante o órgão ambiental estadual em 60 (sessenta) dias, indicando a previsão paa manifestação do órgão ambiental.*
>
> *No mesmo prazo deverá indicar o programa de recuperação ambiental, qual o profissional contratado, estudos em andamento, tudo provado nos autos. Efetivado o castro ambiental rural, o pólo passivo terá mais 60 dias para comprovar homologação do programa de recuperação ambiental ou pelo menos seu protocolo no órgão competente.*

> *Quanto à multa em uferms, penso que tal medida tumultua o cálculo, por isso, atento às diretivas do art. 461, §§ do CPC, delimito que a obrigação imposta, depois de tanto prazo concedido, implicará em multa de R$ 300,00 (trezentos reais) por dia de descumprimento. (...)* (grifo no original)

Inconformado com a decisão, o requerido apresentou o presente recurso de apelação alegando que a sentença deixou de observar o novo espírito trazido pelo Código Florestal atual, impondo severas desmedidas quanto à recuperação, proteção, manutenção e uso sustentável do meio ambiente, tendo em vista a área rural do apelante de 104,6320 hectares, menor que quatro módulos fiscais para a região de Ivinhema/MS, de forma que toda obrigação imposta, além daquelas exigidas pelo novo Código Florestal, seria desnecessária e contrária à legislação vigente, vez que já atendida, a exemplo da inscrição no Cadastro Ambiental Rural – CAR. Assevera que o raciocínio deve ser o mesmo para o caso de escalonamento progressivo de tributos decorrentes do tamanho do imóvel rural (Lei n. 9.393/96), cuja matéria foi considerada constitucional. Tece considerações acerca da vedação ao retrocesso ambiental. Por fim, destaca o conflito existente entre a norma aplicada do atual Direito Ambiental (Lei n. 12.651/12) e aquele princípio que vedaria suas benesses. Por fim, alega a necessidade de reforma da sentença quanto à obrigação de fazer e não fazer, pugnando-se pela aplicação dos artigos 61-A e 67 da Lei n. 12.651/12 em benefício do apelante, tendo em vista sua constitucionalidade material, pois certas obrigações não poderiam alcançar os pequenos proprietários rurais, em razão do princípio da isonomia *stricto sensu*, onde se busca valer a proporcionalidade aplicada ao caso concreto. Pugna pelo provimento do recurso com a reforma da sentença.

Pois bem.

Este Tribunal, em mais de uma oportunidade, decidiu que as normas do Novo Código Florestal impingem efeitos modificativos a eventuais termos de ajustamento de conduta estabelecidos, garantindo-se a aplicação igualitária da legislação a todos os seus destinatários.

À propósito, confira-se:

> *APELAÇÃO CÍVEL – EMBARGOS À EXECUÇÃO – TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA – OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE – PRELIMINARES REJEITADAS – MÉRITO – CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO IMPOSTA EM TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA – AUSÊNCIA DE TERMO INICIAL – CONSTITUIÇÃO EM MORA COM A CITAÇÃO – ADVENTO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL – NOVOS PRAZOS PARA REGULARIZAÇÃO DE PENDÊNCIAS AMBIENTAIS – EXTINÇÃO DA OBRIGAÇÃO E DA MULTA IMPOSTA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (...)04. Deve ser considerada a entrada em vigor do Novo Código Florestal (Lei nº. 12.615/2012), norma geral, posterior e benéfica, já que no seu art. 59, § 4º, traz novos prazos para que os proprietários rurais venham a regularizar as pendências ambientais. 05. Recurso conhecido e provido.* (Apelação 0800615-69; Relator Des. Vladimir Abreu da Silva – 5ª Câmara Cível; julgamento em 01/03/2016).

> *EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANOS AMBIENTAIS – FATO MODIFICATIVO – LEI N. 12.651/2012 – APLICABILIDADE IMEDIATA – TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO – ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS. I) A justificativa da norma no ordenamento jurídico é a valoração dos fatos pela sociedade, ou seja, determinado fato após valorado pelo senso comum é inserido em lei para ser aplicado de maneira concreta, de modo que haveria contra senso jurídico admitir a aplicação das penalidades decorrentes da antiga legislação ambiental (Lei n. 4.771/1965) quando já vigente o Novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012), o qual mais atento à realidade contemporânea, fixa novas diretivas e limites a serem observados. II) Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes para reformar o acórdão embargado e dar*

> *provimento ao recurso originário, determinando a anulação parcial do processo a partir da perícia realizada com os antigos parâmetros a qual deverá ser refeita em observância ao quanto estatuído pela Lei n. 12.651/2012 e diplomas regulamentares consectários.* (Embargos de Declaração - Nº 0001867-27.2006.8.12.0028/50001 – Bonito, Relator(a): Des. Dorival Renato Pavan; Comarca: Bonito; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data do julgamento: 01/03/2016; Data de registro: 08/03/2016)

Conclui-se, pois, que as obrigações entabuladas em Termo de Ajustamento de Conduta anterior não são exigíveis se incompatíveis com as determinações contidas na novel legislação ambiental. E, ainda que sejam compatíveis, deve-se considerar que houve nova alteração legislativa para o fim de prorrogar a obrigatoriedade de inscrição no Cadastro Ambiental Rural e, por conseguinte, da implantação do Programa de Regularização Ambiental – PRA - que daquele depende.

Com efeito, o art. 29, § 3º, da Lei 12.651/12, com a redação dada pela Lei n. 13.295 de 13 junho de 2016, determina:

> *Art. 29. É criado o Cadastro Ambiental Rural – CAR, no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente – SINIMA, registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento. (...)*
>
> *§3º. A inscrição no CAR será obrigatória para todas as propriedades e posses rurais, devendo ser requerida até 31 de dezembro de 2017, prorrogável por mais 1 (um) ano por ato do Chefe do Poder Executivo.* (Redação dada pela Lei nº 13.295, de 2016) (destaquei)

E, sobre o Programa de Regularização Ambiental – PRA - preconiza o art. 59 da mesma lei:

> *A União, os Estados e o Distrito Federal deverão, no prazo de 1 (um) ano, contado a partir da data da publicação desta Lei, prorrogável por uma única vez, por igual período, por ato do Chefe do Poder Executivo, implantar Programas de Regularização Ambiental - PRAs de posses e propriedades rurais, com o objetivo de adequá-las aos termos deste Capítulo.*
>
> *§ 1º Na regulamentação dos PRAs, a União estabelecerá, em até 180 (cento e oitenta) dias a partir da data da publicação desta Lei, sem prejuízo do prazo definido no caput, normas de caráter geral, incumbindo-se aos Estados e ao Distrito Federal o detalhamento por meio da edição de normas de caráter específico, em razão de suas peculiaridades territoriais, climáticas, históricas, culturais, econômicas e sociais, conforme preceitua o art. 24 da Constituição Federal.*
>
> ***§ 2º A inscrição do imóvel rural no CAR é condição obrigatória para a adesão ao PRA, devendo essa adesão ser requerida no prazo estipulado no § 3º do art. 29 desta Lei.*** (Redação dada pela Lei nº 13.335, de 2016) (frisei)

Desta feita, embora o requerido/apelante já tenha realizado o Cadastro Ambiental Rural – CAR (f. 239), a determinação de homologação do programa de recuperação ambiental no prazo de sessenta dias, conforme entendeu o juízo *a quo*, não se sustenta, ante à existência de prazo legal mais benéfico, que se aplica imediatamente aos interessados, nos termos dos precedentes já elencados. Assim, sendo certo que as obrigações só se tornarão exigíveis a partir do dia 31 de dezembro do ano de 2017, caso não prorrogadas novamente, tenho que o pedido feito na presente ação não merece prosperar.

Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso de apelação para o fim de julgar improcedente a pretensão inicial. Sem sucumbência, porque inaplicável à hipótese.

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. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 14 de fevereiro de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0810468-57.2012.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – AGRAVO RETIDO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – INOVAÇÃO NA MATÉRIA DE DEFESA – ALEGAÇÃO SOMENTE NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO – IMPOSSIBILIDADE – JUNTADA DE DOCUMENTOS EXTEMPORÂNEA – AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS NOVOS – DESENTRANHAMENTO DEVIDO – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Traduz-se em inovação na matéria de defesa a alegação do requerido somente na audiência de instrução em julgamento de que ministrou aulas em curso de pós-graduação no período em que deveria ter retornado ao trabalho.

Nos termos do artigo 396 do CPC, compete às partes apresentar a prova documental com a petição inicial ou resposta, a fim de provar as alegações. Na hipótese, os documentos apresentados não se destinam a comprovar fatos ocorridos após os articulados pelas partes, mas demonstrar que o requerido ministrou aulas no Curso de Pós-Graduação à época da licença para exercício de mandato classista (2005 a 2009), daí que não se caracterizam como documentos novos. Assim, devido o desentranhamento.

APELAÇÃO CÍVEL – ALEGAÇÃO DE QUE ESTEVE À DISPOSIÇÃO DO ÓRGÃO EMPREGADOR NO PERÍODO DA LICENÇA – INOVAÇÃO EM MATÉRIA DE DEFESA – MATÉRIA OBJETO DO AGRAVO RETIDO – NÃO CONHECIMENTO – AFASTAMENTO DE SERVIDOR PARA DESEMPRENHO DE MANDATO CLASSISTA – PERÍODO EQUIVOCADO PUBLICADO EM PORTARIA PELO ÓRGÃO EMPREGADOR – ATO PERFEITO E ACABADO – RETORNO TARDIO DO SERVIDOR – RECEBIMENTO DA REMUNERAÇÃO NESSE PERÍODO – IMPROBIDADE NÃO VERIFICADA – AUSÊNCIA DE DOLO – DEVOLUÇÃO DA QUANTIA RECEBIDA INDEVIDAMENTE – PREJUÍZO AO ERÁRIO NÃO VERIFICADO – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO.

Verifica-se a impossibilidade de conhecimento da alegação de que durante o gozo da licença concedida pela UEMS o requerido esteve à disposição da Instituição de Ensino no curso de “Especialização em Planejamento e Gestão Ambiental - Avaliação Ambiental Estratégica” - na condição de Professor Titular da disciplina “Métodos e Técnicas de Planejamento e Gestão” desde março de 2008 a setembro de 2009. A matéria foi objeto do agravo retido, que foi conhecido e desprovido em razão da inovação em relação à matéria de defesa e apresentação de documentos extemporâneos, os quais foram desentranhados.

Ainda que o requerido tenha sido eleito pelo Conselho Regional de Administração - CRA - para ser Conselheiro Regional Efetivo, com mandato de quatro anos e com expedição do diploma de habilitação para o cargo em 14 de janeiro de 2005, iniciando dessa data seu mandato, a portaria editada pelo órgão empregador que o licenciou trouxe como data de início do afastamento de seu trabalho setembro de 2005, ou seja, nove meses após o início do mandato. Tal fato demonstra que se houve algum equívoco quanto à data de retorno do requerido ao seu labor, isso ocorreu em razão do descontrole e equívoco cometido por seu órgão empregador, tendo o requerido apenas cumprido a data que lhe foi estipulada.

Não é possível, nesse norte, concluir que houve ato ímprobo desse servidor público que apenas cumpriu determinação de seu órgão empregador, sendo certo que o ato administrativo quanto à concessão da licença em período superior ao necessário estava perfeito e acabado, produzindo os efeitos legais. Frise-se, aliás, que o ato administrativo somente deixa de ter validade e produzir efeitos caso seja retificado, revogado, anulado, o que de fato não aconteceu no presente caso.

Ademais, segundo entendimento do STJ, para que seja reconhecida a tipificação da conduta como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa faz-se necessário a existência do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo, ainda que genérico, o qual não se verifica na espécie.

Por fim, importante notar ainda que não há qualquer prejuízo ao erário com relação ao equívoco relativo à licença do requerido, porquanto restou apurado o montante por ele percebido indevidamente durante o período em que deveria ter retornado ao trabalho, cujo valor está sendo descontado mensalmente de seus proventos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e contra o parecer, negar provimento ao agravo retido, conhecer em parte do recurso principal e, nesta extensão, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 7 de março de 2017.

Des. Sideni Soncini Pimentel - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Wilson Correa da Silva interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da ação civil pública que lhe move o Ministério Público Estadual, na qual foi julgado procedente o respectivo pedido. Inicialmente reiterou o pedido de justiça gratuita ou o diferimento do pagamento das custas, bem como o conhecimento e provimento do agravo retido interposto nos autos. No mérito, refuta a equivocada fundamentação da sentença recorrida, vez que calcada exclusivamente no fato do apelante ter agido dolosamente ao não retornar ao trabalho ao final do seu mandato classista. No entanto, defende a ausência do elemento subjetivo "dolo", tendo em vista que nos primeiros 4 anos de mandato de cargo eletivo exercido junto ao CRA/MS (2001 a 2004) permaneceu afastado de suas atividades amparado na Licença para Trato de Interesse Particular – TI – sem vencimentos, quando, por direito, poderia ter gozado a Licença para Desempenho de Mandato Classista – com remuneração. Ademais, durante o gozo da licença concedida pela UEMS esteve à disposição da Instituição de Ensino no curso de "Especialização em Planejamento e Gestão Ambiental - Avaliação Ambiental Estratégica" - na condição de Professor Titular da disciplina "Métodos e Técnicas de Planejamento e Gestão" desde março de 2008 a setembro de 2009. Alega a culpa exclusiva da Administração Pública ao cometer erro quanto à edição da portaria que autorizou seu afastamento para o desempenho do mandato classista por 4 anos, a partir de 18/09/2005, havendo evidência do reconhecimento expresso desse erro. Alternativamente, sustenta a necessidade de adequação das penalidades impostas, devendo ser excluída a condenação de ressarcimento integral do dano em razão do *bis in idem*, tendo

em vista a punição de ressarcimento integral do dano na via administrativa. Alternativamente, defende a proporcionalidade na aplicação da pena de ressarcimento integral do dano, vez que, embora ausente dos cursos de graduação, esteve presente nos cursos de especialização. Prossegue, alegando a necessidade de exclusão da pena de multa também em razão do *bis in idem*, porquanto também já sofreu essa pena na via administrativa. Alternativamente, defende a redução da pena de multa, em vista da compensação da pena de multa já recolhida na esfera administrativa. Prequestiona dispositivos legais atinentes às matérias debatidas. Pugna pelo conhecimento e provimento do agravo retido ou conhecimento e provimento do recurso de apelação para a reforma da sentença, com a inversão da sucumbência ou redução dos honorários advocatícios.

A justiça gratuita foi indeferida, tendo o apelante recolhido o preparo (f. 865). Contrarrazões pelo desprovimento, com prequestionamento. A Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento tanto do agravo retido quanto do recurso de apelação. O recurso foi recebido em ambos os efeitos e sobre essa decisão as partes nada requereram.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

Wilson Correa da Silva interpõe recurso de apelação em face da sentença proferida nos autos da ação civil pública que lhe move o Ministério Público Estadual, na qual foi julgado procedente o pedido.

O Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública por improbidade administrativa em desfavor de Wilson Correa da Silva, sob o argumento de lhe ter sido concedido licença por quatro anos para o desempenho de mandato classista, com início em 14/01/2005, sendo que findo o prazo da licença em 14/01/2009 só retornou ao trabalho em setembro daquele ano, embora tenha recebido remuneração durante esse período, em afronta aos princípios da moralidade e legalidade administrativa.

O juízo *a quo* julgou procedente o pedido para:

> *a) condenar o requerido no ressarcimento dos valores percebidos no período não trabalhado;*
>
> *b) condenar no pagamento de multa civil fixada em três vezes o valor da remuneração mensal líquida percebida em janeiro de 2009;*
>
> *c) suspender os direitos políticos por três anos.*

Inconformado, o requerido interpõe recurso de apelação pleiteando, preliminarmente, o conhecimento e provimento do agravo retido.

Inicialmente registro que a análise dos presentes recursos deverão obedecer o CPC de 1973, tendo em vista a sentença ter sido proferida na sua vigência.

Do agravo retido

Na audiência de instrução e julgamento foi indeferia a juntada de documento pelo requerido, bem como as perguntas a ele relacionadas, sob o fundamento de que esse fato não foi alegado na contestação, tratando, portanto, de inovação na matéria de defesa e como tal encontra-se preclusa. Aduziu ainda o juízo *a quo* que os limites da lide foram estabelecidos com a propositura da ação na petição inicial e os limites da defesa foram fixados quando da oferta da contestação.

Inconformado, o requerido interpôs agravo retido alegando que o documento denominado "Diário de Disciplina Ministrada" é prova de extrema importância, pois identifica que o professor/requerido estava à disposição da UEMS a partir de março de 2008 até setembro de 2009, no Curso de Especialização em Planejamento e Gestão Ambiental Estratégica, como titular da disciplina de Métodos e Técnicas de Planejamento e Gestão. Aduziu que a juntada do documento é pertinente, vez que se trata de prova superveniente, de documento novo e, conforme art. 397 do CPC, daí que possível e lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, conforme entendimento reiterado do STJ, consoante se infere do Resp n. 1070395/RJ e 780396/PB, onde ambos flexibilizam a situação da norma com relação à juntada de documento posterior.

A decisão foi mantida por seus próprios fundamentos, tendo a juíza *a quo* consignado ainda que não se trata de fato novo num primeiro momento, posto que, segundo oitiva das testemunhas em audiência anterior, evidencia-se que a parte requerida já tentava inserir na sua matéria de defesa o fato do professor/requerido ter eventualmente ministrado aulas no Curso de Pós-Graduação ou de Especialização, fato que não foi objeto da contestação. Aduziu também que não se trata de documento novo, porquanto é pertinente aos anos de 2008 e 2009, tendo determinado o desentranhamento da petição de f. 495/500.

Entendo que não assiste razão ao agravante.

Embora tenha sido determinado o desentranhamento dos documentos apresentados pelo requerido, segundo os argumentos recursais, verifica-se que se assemelha aquele novamente apresentado com as alegações finais (f. 642), possibilitando a análise da questão.

Com efeito, como bem se pronunciou a juíza *a quo*, a matéria relacionada às aulas ministradas em Curso de Pós-Graduação no período de março de 2008 a setembro de 2009 não foi objeto da defesa apresentada na contestação, cuja tese somente foi aventada na audiência de instrução e julgamento, tendo sido juntado os documentos objeto do inconformismo após a audiência de f. 465. Ademais, não se trata de documentos novos, posto que, como o próprio agravante afirma, refere-se às aulas por ele ministradas no Curso de Pós-Graduação, no período de março de 2008 a setembro de 2009, de forma que plenamente possível sua apresentação com a contestação, cuja petição foi protocolada em janeiro de 2014.

Concernente ao tempo de apresentação da prova documental, preconiza o art. 396 do CPC/73:

> *Compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações.*

E, sobre a apresentação de documentos novos, dispõe o art. 397 do CPC/73:

> *É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.*

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery comentam com propriedade o tema:

> *1. Documentos novos. A parte tem o dever de demonstrar que a finalidade da juntada visa a contrapor o documento a outro, ou a fato ou alegação surgida no curso do processo e depois de sua última oportunidade de falar nos autos. (...)*

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema, inclusive em julgado mais recente que os citados pelo recorrente, de forma a afastar os argumentos recursais. Confira:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. LEGÍTIMA DEFESA AFASTADA EM SENTENÇA PROFERIDA EM PROCESSO CRIMINAL. REAPRECIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REAPRECIAÇÃO DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. SUSPENSÃO DO PROCESSO CIVIL ATÉ O TRANSITO EM JULGADO DO PROCESSO PENAL. RECORRENTE JÁ CONDENADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA.* ***JUNTADA DE DOCUMENTOS FORA DO PRAZO. NÃO CARACTERIZADO DOCUMENTO NOVO. PRECLUSÃO****. SÚMULAS 284/STF E 7/STJ. RECURSO IMPROVIDO. 1. - O Tribunal de origem apreciou todas as questões relevantes ao deslinde da controvérsia nos limites do que lhe foi submetido. Não há que falar, portanto, em violação do artigo 535 do CPC ou negativa de prestação jurisdicional. 2. - Tendo o Tribunal a quo afastado a legítima defesa com fundamento na sentença penal, que não a reconheceu, a sua reapreciação nesse âmbito recursal encontra óbice na Súmula 7/STJ, uma vez que necessária a reapreciação de fatos e provas dos autos. 3.- Não há falar em suspensão do processo cível até trânsito em julgado da ação criminal, já tendo sido reconhecida a autoria e comprovados os fatos pela sentença. 4.- Reconhecida a preclusão na juntada de documentos, não considerados novos, a alegada violação do art. 397 do CPC é absolutamente insuficiente para desconstituir o Acórdão recorrido. 5.- Agravo Regimental improvido.* (AgRg no AREsp 71.367/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 27/11/2012, DJe 18/12/2012) frisei

Na hipótese, os documentos apresentados não se destinam a comprovar fatos ocorridos após os articulados pelas partes, mas demonstrar que o requerido ministrou aulas no Curso de Pós-Graduação à época da licença para exercício de mandato classista (2005 a 2009), tema objeto da ação proposta.

Diante disso, repisa-se, referidos documentos poderiam ter sido apresentados juntamente com a contestação, bem como poderiam ter sido arguidos na defesa o fato do requerido ter trabalhado no período em que encerrou o mandato classista que motivou sua licença, ou seja, após janeiro de 2009, o que não ocorreu, estando, portanto, preclusa a matéria.

Desta feita, a rejeição do presente recurso é medida que se impõe.

Nesse sentido são os precedentes dos tribunais pátrios:

> *APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. IMPUGNAÇÃO AO BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. Afigura-se viável o conhecimento do recurso, quando, da leitura da peça recursal, extraem-se suficientemente os pontos de desconformidade da parte e o pedido de reforma da sentença, os quais estão presentes na hipótese em liça. Preliminar repelida. JUNTADA DE DOCUMENTO NOVO.* ***É evidente que o documento juntado com as razões recursais não se enquadra na definição legal de documento novo (artigo 397 do CPC), visto que comprova situação existente antes do ajuizamento do próprio incidente de impugnação.*** *Contudo, a informação ali contida é pública, estando disponível para o acesso de qualquer pessoa pelo sistema de pesquisa das movimentações processuais disponibilizado no site deste Tribunal de Justiça, o que torna irrelevante o fato de ter sido juntado aos autos de forma extemporânea. MÉRITO. Os requisitos para a concessão da gratuidade judiciária à pessoa jurídica se prendem à demonstração da dificuldade financeira, como tal se entendendo a prova de que, com o dispêndio de custas e honorários, poderá comprometer o seu bom funcionamento. No caso dos autos, flagra-se que a pessoa jurídica está em plena operação, distribuindo rendimentos aos seus sócios, motivo pelo qual se conclui pela possibilidade de arcar com*

> *as despesas processuais. Benefício revogado. Preliminares contrarrecursais... Rejeitadas e apelação provida.* (Apelação Cível Nº 70065688947, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 25/02/2016). frisei

E ainda,

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC). JUNTADA DE DOCUMENTO NA FASE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO PORQUE NÃO SE TRATA DE DOCUMENTO REFERENTE A FATO NOVO OU PARA CONTRAPOR-SE A DOCUMENTOS JUNTADOS. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 397 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.* ***Não se conhece de documentos juntados na fase recursal quando não se referirem a fato novo, nem se destinarem a contrapor-se a argumentos novos deduzidos pela parte contrária (CPC, art. 397)*** *(Ap. Civ. n. , e , de Garopaba, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, DJe de 21-7-2011) (Embargos de Declaração em Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Apelação Cível n. , da Capital, rel. Des. Ricardo Fontes, DJe de 29-9-2011). DECISÃO UNIPESSOAL BASEADA EM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. PRESSUPOSTOS NÃO DESCONSTITUÍDOS PELA PARTE RECORRENTE. ART. 557, § 2º, DO CPC. MULTA. APLICABILIDADE. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NEGAR PROVIMENTO. A norma contida no art. 557 do CPC autoriza o relator, em face dos princípios da celeridade e da economia processual, a decidir monocraticamente o recurso, quando a matéria confronta com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.* (Processo: AC 108087 SC 2011.010808-7, Orgão Julgador Primeira Câmara de Direito Comercial, Relator: Janice Goulart Garcia Ubialli, Julgamento: 19 de Janeiro de 2012) destaquei

Com isso, conheço e nego provimento ao agravo retido, restando mantida a decisão agravada nos seus termos e efeitos.

Do recurso de apelação

Inicialmente verifico a impossibilidade de conhecimento da alegação de que durante o gozo da licença concedida pela UEMS o requerido esteve à disposição da Instituição de Ensino no curso de "Especialização em Planejamento e Gestão Ambiental - Avaliação Ambiental Estratégica" - na condição de Professor Titular da disciplina "Métodos e Técnicas de Planejamento e Gestão" desde março de 2008 a setembro de 2009.

A matéria foi objeto do agravo retido já decidido e que foi conhecido e desprovido em razão da inovação em relação à matéria de defesa e apresentação de documentos extemporâneos, os quais foram inclusive desentranhados.

Por isso, deixo de conhecer dessa matéria.

No mais, entendo que assiste razão ao recorrente.

Como visto, o Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública por improbidade administrativa em desfavor de Wilson Correa da Silva sob o argumento de lhe ter sido concedido licença por quatro anos para o desempenho de mandato classista, com início em 14/01/2005, sendo que, findo o prazo da licença em 14/01/2009, só retornou ao trabalho em setembro daquele ano, embora tenha recebido remuneração durante esse período, em afronta aos princípios da moralidade e legalidade administrativa.

Com efeito, de todo o processado é possível observar que o fato do requerido não ter retornado ao trabalho em janeiro de 2009, quando do encerramento do mandato classista, ocorreu por falha do próprio

órgão empregador – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS, que, conforme se infere da f. 35, editou a Portaria "P"/UEMS n. 556, de 19 de outubro de 2005, na qual autorizou seu afastamento, ocupante do cargo de Professor de Ensino Superior, Nível II, lotado na UEMS, para desempenho de mandato classista pelo período de quatro anos, a partir de 18/09/2005.

Ainda que o requerido tenha sido eleito pelo Conselho Regional de Administração - CRA - para ser Conselheiro Regional Efetivo, com mandato de quatro anos e com expedição do diploma de habilitação para o cargo em 14 de janeiro de 2005 (f. 221), iniciando dessa data seu mandato, como visto, a portaria editada pelo órgão empregador que o licenciou trouxe como data de início do afastamento de seu trabalho setembro de 2005, ou seja, nove meses após o início do mandato.

Tal fato demonstra que se houve algum equívoco quanto à data de retorno do requerido ao seu labor isso ocorreu em razão do descontrole e equívoco cometido por seu órgão empregador, tendo o requerido apenas cumprido a data que lhe foi estipulada. Frise-se que juntamente com o pedido de licença realizado pelo requerido, foi apresentado o documento emitido pelo Conselho Regional de Administração, constante do diploma que o habilitava para o desempenho do cargo, no qual consta a data de 14 de janeiro de 2005 (f. 70-71). Disso decorre que, mesmo o requerido tendo apresentado documento comprobatório do período em que necessitava da licença, o órgão empregador deixou de observar referida data, incorrendo em grande falha e que gerou toda a celeuma.

E, ao que consta dos autos, somente em julho de 2009, ou seja, quase no final do período de licença, é que o órgão empregador descobriu o equívoco relativo às datas e enviou ofício ao Conselho Regional de Administração para se certificar do prazo de exercício do mandato classista pelo requerido, consoante se infere do documento de f. 78. Contudo, nem mesmo após essa data houve qualquer ato no sentido de corrigir a falha da UEMS (f. 218), tendo esta instaurado processo administrativo para apuração dos fatos, culminando na penalização do requerido, com suspensão pelo período de 60 dias, pena essa convertida em multa, cujo valor, inclusive, já pagou (f. 99).

Observa-se que a UEMS não empregou esforços para corrigir seu equívoco com relação às datas de início e fim da licença concedida ao requerido, penalizando-o como se o erro fosse dele, tampouco determinou seu retorno ao trabalho tão logo tenha tomado conhecimento da falha em junho de 2009, o que por certo teria maiores prejuízos. Diante disso, não é possível, nesse norte, concluir que houve ato ímprobo desse servidor público que apenas cumpriu determinação de seu órgão empregador, sendo certo que o ato administrativo quanto à concessão da licença em período superior ao necessário estava perfeito e acabado produzindo os efeitos legais.

Frise-se, aliás, que o ato administrativo somente deixa de ter validade e produzir efeitos caso seja retificado, revogado, anulado, o que de fato não aconteceu no presente caso.

O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento acerca da autotutela administrativa com a edição da Súmula 473, que preconiza:

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

Ademais, segundo entendimento do STJ, para que seja reconhecida a tipificação da conduta como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, faz-se necessário a existência do elemento subjetivo consubstanciado pelo dolo, ainda que genérico.

Confira os precedentes:

> *IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DOSIMETRIA. SANÇÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. ARTIGO 11 DA LEI 8.429/1992. A OFENSA A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS, EM REGRA, INDEPENDE DA OCORRÊNCIA DE DANO OU LESÃO AO ERÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. HISTÓRICO DA DEMANDA 1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Ministério Público estadual contra o ora recorrente, Prefeito do Município de Ibaiti, objetivando a condenação deste pela prática de atos ímprobos, em razão de fatos apurados pelo Tribunal de Contas do Estado do Paraná (Resolução 2.593/2005), quais sejam: abertura de créditos adicionais suplementares sem autorização legal; déficit orçamentário injustificado e variação do percentual das despesas com pessoal acima dos índices fixados no art. 71 da Lei de Responsabilidade Fiscal. 2. O Juiz de 1º grau julgou parcialmente procedentes os pedidos. 3. O Tribunal a quo negou provimento à Apelação do ora recorrente. (...)* ***PRESENÇA DO ELEMENTO SUBJETIVO 5. O entendimento do STJ é no sentido de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. 6. É pacífico nesta Corte que o ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92 exige a demonstração de dolo, o qual, contudo, não precisa ser específico, sendo suficiente o dolo genérico. 7. Assim, para a correta fundamentação da condenação por improbidade administrativa, é imprescindível, além da subsunção do fato à norma, estar caracterizada a presença do elemento subjetivo. A razão para tanto é que a Lei de Improbidade Administrativa não visa punir o inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé. 8. Precedentes: AgRg no REsp 1.500.812/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2015; REsp 1.512.047/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 30/6/2015; AgRg no REsp 1.397.590/CE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 5/3/2015; AgRg no AREsp 532.421/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28/8/2014. (...)***. *16. Recurso Especial não provido.* (REsp 1508169/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016) frisei

E mais,

> *ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI N. 8.429/1992. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE CONSIGNA A AUSÊNCIA DE DOLO E MÁ-FÉ. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO ATO ÍMPROBO. PRECEDENTES. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. 1. Esta Corte Superior possui entendimento uníssono segundo o qual, para que seja reconhecida a tipificação da conduta como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para o tipo previsto no art. 11 da aludida legislação. Precedentes: AgInt no REsp 1.317.028/RS, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 10/11/2016; AgRg no AREsp 630.605/MG, Rel. Min. Og Fernades, Segunda Turma, DJe 19/6/2015. 2. O Tribunal de origem, com base no conjunto fático-probatório dos autos, afastou a prática de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da lei 8.429/92, diante da ausência do elemento subjetivo (dolo). Assim, a reversão do entendimento exarado no acórdão exige o*

> *reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgInt no REsp 1.559.515/RN, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 4/11/2016; AgInt no REsp 1.299.937/RJ, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 25/10/2016. 3. Agravo interno não provido.* (AgInt no AREsp 963.597/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 02/02/2017)

Na hipótese em comento não se verifica a existência de dolo na conduta do ora apelante, posto que apenas cumpriu o prazo previsto na portaria editada pelo próprio órgão empregador, cujo ato, repisa-se, mesmo após identificação do equívoco, não foi retificado. Nota-se que o órgão empregador já havia concedido ao requerido outra licença para o desempenho junto ao Conselho Regional de Administração do cargo de Conselheiro no período de 2001 a 2004, com reeleição para 2005 a 2008, sendo certo que jamais tinha ocorrido qualquer irregularidade em relação ao afastamento do referido servidor.

Destaca-se ainda que as testemunhas ouvidas em juízo foram unânimes em confirmar a conduta ilibada do requerido, bem como sua competência no desempenho de suas funções como professor na UEMS (f. 465, 502, 544).

Por fim, importante notar ainda que não há qualquer prejuízo ao erário com relação ao equívoco relativo à licença do requerido, porquanto restou apurado o montante por ele percebido indevidamente durante o período em que deveria ter retornado ao trabalho (f. 88 – R$ 28.328,00), cujo valor está sendo descontado mensalmente de seus proventos, sob o título " Pag. Indevido Tributável – R$ 124,06", consoante se infere das cópias de seu holerite (f. 150-159).

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, já se pronunciou:

> *PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONVERSÃO DE EXONERAÇÃO A PEDIDO EM DESTITUIÇÃO DE CARGO EM COMISSÃO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 132, VI, DA LEI 8.112/1990. AUSÊNCIA DE ANIMUS ABANDONANDI. EXISTÊNCIA DE PRÉVIO PEDIDO DE EXONERAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI 8.429/1992. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. SEGURANÇA CONCEDIDA. (...) [...]* ***a ausência de dano ao patrimônio público e de enriquecimento ilícito da impetrante, tendo em vista o pedido de exoneração oportuno tempore e a devolução ao Erário dos valores percebidos indevidamente, à luz do contexto fático encartado nos autos, revelam a atipicidade do delito funcional que lhe foi imputado, e a consequente desproporcionalidade da sanção que lhe foi imposta, máxime porque não se vislumbra a má-fé que constitui elemento subjetivo necessário à caracterização do ato de improbidade administrativa (Parecer do Ministério Público Federal, Subprocurador-Geral da República, Dr. Flávio Giron). 7. Segurança concedida. Liminar confirmada.*** (MS 21.042/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 09/12/2015, DJe 17/12/2015)

Por derradeiro, os dispositivos prequestionados foram explícita ou implicitamente apreciados ou não guardam pertinência com a causa.

Por todo o exposto, contra o parecer, conheço e nego provimento ao agravo retido, sendo que, por outro lado, conheço em parte e, na parte conhecida, dou provimento ao presente recurso de apelação para reformar a sentença e julgar improcedentes os pedidos iniciais ante à ausência dos elementos que tipificam a improbidade administrativa. Sem custas e sem honorários advocatícios.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e contra o parecer, negaram provimento ao agravo retido, conheceram em parte do recurso principal e, nesta extensão, deram-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 07 de março de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Remessa Necessária nº 0800748-80.2014.8.12.0007 - Cassilândia
Relator Des. Sideni Soncini Pimentel

EMENTA – REMESSA NECESSÁRIA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE OBRAS DE DRENAGEM E CONSTRUÇÃO DE DISSIPADOR DE ENERGIA PARA REDUÇÃO DA VELOCIDADE DAS ÁGUAS PLUVIAIS – PROXIMIDADES DE CÓRREGO – EROSÃO E ALAGAMENTO NO LOCAL – PROPAGAÇÃO DE MAU CHEIRO PELA REGIÃO E ACÚMULO DE MATO – AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO – LIMINAR CONCEDIDA EM JUNHO DE 2014 – APRESENTAÇÃO DE PROPOSTA DE PAVIMENTAÇÃO E DRENAGEM APENAS EM JUNHO DE 2015 – SENTENÇA MANTIDA – MUNICÍPIOS SÃO ISENTOS DO PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS – MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO FAZ JUS A HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – REMESSA NECESSÁRIA CONHECIDA E DESPROVIDA.

Segundo se infere de todo o processado, o Município requerido necessita realizar obras para drenagem de águas pluviais no bairro Laranjeiras, mais especificamente no Corredor da Servidão, bem como construir dissipador de energia com vistas a reduzir velocidade das águas pluviais e, assim, erradicar processo erosivo na região, além dos alagamentos constantes, em prejuízos dos moradores do local, bem como de todos os munícipes, preservando, assim, as margens do Córrego Cedro.

Foi concedida liminar em junho de 2014, sendo que apenas em junho de 2015 é que o requerido apresentou "Proposta de Pavimentação e Drenagem de Vias Urbanas", bem como contratos de repasse da União para execução das obras. Portanto, considerando que já houve obtenção de verba para a realização das obras, pendente, entretanto, como informou o próprio requerido, expedição de licença ambiental e autorização da Caixa Econômica Federal, deve ser mantida a sentença. Logo, mantém-se o prazo de, no mínimo 90 dias e no máximo 1 ano, para que o Município realize estudo da bacia hidrográfica com vistas à implantação de sistema de drenagem eficiente, bem como construir dissipador de energia nas proximidades do Córrego Credor, para reduzir a velocidade das águas pluviais, sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000,00, para o caso de descumprimento, restando, com isso, confirmada a liminar. Também deve ser mantida a condenação do requerido no dever de indenizar os danos causados ao meio ambiente, bem como a eventuais terceiros e coletividade nos limites da área objeto dos autos.

Os Municípios são isentos do pagamento de custas processuais, conforme consignado na sentença.

E, quanto aos honorários advocatícios, não faz jus o Ministério Público.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade e com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 14 de fevereiro de 2017.

Des. Sideni Soncini Pimentel – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

O Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Cassilândia submeteu a remessa necessária a sentença proferida nos autos da ação civil pública que o Ministério Público Estadual ajuizou em desfavor do Município de Cassilândia, na qual foi julgado procedente o pedido, confirmando a liminar para condenar o requerido a realizar estudo de bacia hidrográfica para implantar sistema de drenagem eficiente, bem como construir dissipador de energia nas proximidades do Córrego Cedro, para quebrar a velocidade das águas, com prazo inicial de 90 dias e prazo final de 1 ano, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, em eventual descumprimento de quaisquer dos prazos, cujo valor será revertido a favor do fundo previsto no art. 13 da Lei n. 7.347/85 ou, não existindo, ficará depositado em Caderneta de Poupança, nos termos do § 1º do mesmo artigo. Deixou-se de condenar o requerido no pagamento de custas em vista da isenção legal e dos honorários advocatícios por se tratar do Ministério Público.

As partes não recorreram da sentença, tendo o requerido apenas pugnado pela remessa necessária e a Procuradoria Geral de Justiça exarou parecer opinando pelo conhecimento e desprovimento da remessa necessária.

VOTO

O Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel. (Relator)

O Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Cassilândia submeteu a remessa necessária a sentença proferida nos autos da ação civil pública que o Ministério Público Estadual ajuizou em desfavor do Município de Cassilândia, na qual foi julgado procedente o pedido, confirmando a liminar para condenar o requerido a realizar estudo de bacia hidrográfica para implantar sistema de drenagem eficiente, bem como construir dissipador de energia nas proximidades do Córrego Cedro, para quebrar a velocidade das águas, com prazo inicial de 90 dias e prazo final de 1 ano, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, em eventual descumprimento de quaisquer dos prazos, cujo valor será revertido a favor do fundo previsto no art. 13 da Lei n. 7.347/85 ou, não existindo, ficará depositado em Caderneta de Poupança, nos termos do § 1º do mesmo artigo. Deixou-se de condenar o requerido no pagamento de custas em vista da isenção legal e dos honorários advocatícios por se tratar do Ministério Público.

As partes não recorreram da sentença, tendo o requerido apenas pugnado pela remessa necessária e a Procuradoria Geral de Justiça exarou parecer opinando pelo conhecimento e desprovimento da remessa necessária.

Versa a lide sobre a ação civil pública proposta pelo Ministério Público em face do Município de Cassilândia/MS objetivando o estudo da bacia hidrográfica para implantação de sistema de drenagem urbana eficiente, contemplando soluções para erradicar o antigo processo erosivo, bem como que seja construído dissipador de energia próximo ao Córrego Cedro, a fim de reduzir a velocidade das águas pluviais.

O juízo *a quo* julgou procedentes os pedidos para o fim de condenar o município requerido a realizar estudo de bacia hidrográfica, para implantação de sistema de drenagem eficiente, bem como construir

dissipador de energia nas proximidades do Córrego Cedro, para quebrar a velocidade das águas, com prazo inicial de 90 dias e prazo final de 1 ano, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00, para eventual descumprimento de prazos, confirmando a liminar anteriormente concedida. Condenou ainda o requerido a indenizar os danos causados ao meio ambiente, bem como a eventuais terceiros e coletividade, nos limites da área atingida, que serão objeto de ulterior liquidação de sentença.

Com efeito, é possível verificar do "Relatório de vistoria do Departamento Especial de Apoio às Atividades de Execução" – DAEX – f. 35, datado de agosto de 2013, que existem problemas de drenagem verificados no Corredor de Servidão, no bairro Laranjeiras em Cassilândia/MS, os quais necessitam de solução, por causarem desconforto aos usuários, prejuízos à salubridade e degradação da paisagem urbana devido aos constantes alagamentos, bem como em razão de processo erosivo, incluindo a propagação de mau cheiro pela região.

Constatou-se que as águas pluviais danificaram a pavimentação asfáltica concluída em 2010 e provavelmente irá danificar a segunda fase desse pavimentação asfáltica, concluída em 2013, vez que a drenagem no local é insuficiente para atender a bacia hidrográfica onde está localizado o Corredor da Servidão.

Assim, foi recomendado por aquele órgão que a Prefeitura de Cassilândia elaborasse estudo da bacia hidrográfica para implantação de sistema de drenagem eficiente, com efetivas soluções para erradicar o antigo processo erosivo descrito, bem como deverá construir dissipador de energia, com vistas a reduzir a velocidade das águas pluviais próximo ao Córrego Cedro.

Verifica-se que o Município de Cassilândia/MS, apesar de citado, deixou transcorrer *in albis* o prazo da citação, sem apresentação de defesa, tendo se manifestado posteriormente à concessão da liminar apenas para indicar vícios da petição inicial, os quais não foram acolhidos, tendo o julgador mantido a decisão, ocasião em que o requerido nada mais requereu.

Realizada audiência de instrução e julgamento, as partes informaram que não tinham mais provas a produzir, sendo encerrada a instrução processual. O Ministério Público apresentou alegações finais remissivas, tendo o requerido vista, o que foi deferido.

Em alegações finais, o requerido informou e acostou documentos demonstrando que já tomou providências para a regularização da situação, informando que a inicialização das obras estão dependendo apenas da expedição de licença ambiental e autorização da Caixa Econômica Federal, requerendo a improcedência dos pedidos (f. 82- 143).

Pois bem.

É possível inferir dos autos que o Município de Cassilândia necessita realizar obras para drenagem de águas pluviais no bairro Laranjeiras, mais especificamente, no Corredor da Servidão, bem como construir dissipador de energia com vistas a reduzir velocidade das águas pluviais e assim erradicar processo erosivo na região, além dos alagamentos constantes, em prejuízos dos moradores do local, bem como de todos os munícipes, preservando, assim, as margens do Córrego Cedro.

A liminar foi concedida em junho de 2014, sendo que apenas em junho de 2015 é que o requerido apresentou "Proposta de Pavimentação e Drenagem de Vias Urbanas" (f. 85), bem como contratos de repasse da União, por intermédio do ministério do turismo, representado pela Caixa Econômica Federal, objetivando a execução de obras de pavimentação e drenagem nas vias públicas de acesso ao Balneário do

Salto, Rua Juscelino Gomes Dias (Corredor da Servidão) e Rua Roberto Silveira Brito no Bairro Laranjeiras (f. 126-127) e para pavimentação e drenagem no final da Rua Juscelino Gomes Dias (Corredor da Servidão) – f. 135-136.

Portanto, considerando que já houve obtenção de verba para a realização das obras, pendente, entretanto, como informou o próprio requerido, expedição de licença ambiental e autorização da Caixa Econômica Federal, deve ser mantida a sentença.

Logo, entendo que deve ser mantido também o prazo de no mínimo 90 dias e no máximo 1 ano, para que o Município realize estudo da bacia hidrográfica com vistas à implantação de sistema de drenagem eficiente, bem como construir dissipador de energia nas proximidades do Córrego Credor, para reduzir a velocidade das águas pluviais, sob pena de multa diária no valor de R$ 1.000,00 para o caso de descumprimento, restando, com isso, confirmada a liminar.

Também deve ser mantida a condenação do requerido no dever de indenizar os danos causados ao meio ambiente, bem como a eventuais terceiros e coletividade nos limites da área objeto dos autos.

Os Municípios são isentos do pagamento de custas processuais, conforme consignado na sentença.

E, quanto aos honorários advocatícios, não faz jus o Ministério Público.

Posto isso, com o parecer, amparado nos fundamentos expostos, conheço e nego provimento à remessa necessária para manter incólume 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. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Sideni Soncini Pimentel.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Vladimir Abreu da Silva e Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva.

Campo Grande, 14 de fevereiro de 2017.

***

1ª Câmara Cível
Apelação nº 0804573-18.2012.8.12.0002 - Caarapó
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS – ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – CONFUSÃO ENTRE HOMÔNIMOS EM AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS – ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO EXECUTADO – BLOQUEIO INDEVIDO DE VALORES EM CONTA BANCÁRIA – POSTERIOR PENHORA DE BENS – DANO MORAL CONFIGURADO – MINORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO – RECURSO VOLUNTÁRIO E REMESSA NECESSÁRIA NÃO PROVIDOS.

A situação apresentada, na qual o apelado teve valores bloqueados de sua conta bancária por quase um ano e, posteriormente, teve seu bem móvel penhorado, em razão de confusão entre homônimos no bojo de execução de alimentos, ultrapassa o mero dissabor, caracterizando dano moral.

A fixação do valor da indenização por dano moral deve atentar para o princípio da razoabilidade de forma a garantir sua finalidade, bem como, não pode ensejar o enriquecimento ilícito.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 21 de fevereiro de 2017.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença proferida pelo MM. Juíza da 2ª Vara da Comarca de Caarapó nos autos da ação indenizatória por danos morais, movida por Marcos Rogério dos Santos, apela a este Tribunal.

Alega, em síntese, que ocorreu na espécie mero erro de indicação do CPF do recorrido, feito pelo Defensor Público responsável, nos autos da Ação de Execução de Alimentos nº 0001626-73.2008.8.12.0031.

Explica que o erro ocorreu por dificuldades em localizar os dados pessoais do então réu, situação que gerou a necessidade de expedição de ofício ao TRE em busca da qualificação correta do executado, ocasionando a confusão entre os homônimos.

Assevera que não houve dano ao autor, sendo o ocorrido mero dissabor cotidiano, que por sua vez não conduzem à obrigação de indenizar.

Entende que o apelado não foi submetido a humilhação ou vexame, nem tampouco a situação que extrapolasse a normalidade dos fatos da vida cotidiana de modo a lhe causar aflição, angústia ou comprometimento de seu bem estar.

Alternativamente, argumenta que o valor estabelecido a título de indenização é desproporcional, devendo ser minorado para que não se converta em enriquecimento sem causa por parte do recorrido.

Prequestiona as normas constitucionais e infraconstitucionais federais suscitadas no apelo.

Ao final, requer o provimento do recurso, para que se julgue improcedente o pedido de reparação do dano moral

Contrarrazões pelo improvimento da apelação.

A magistrada sentenciante submete a sentença à remessa necessária, nos termos do artigo 475, inciso I do Código de Processo Civil/1973.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de apelação cível interposta pelo Estado de Mato Grosso do Sul, inconformado com a sentença de fls. 117/130 que julgou procedente o pedido formulado nos autos da ação indenizatória por danos morais, movida por Marcos Rogério dos Santos.

O dispositivo da sentença recorrida restou assim redigido, *in verbis:*

> *Ante o exposto e por tudo mais que dos autos consta, em parte com o parecer ministerial, julgo procedente o pedido inicial, para o fim de condenar o requerido a pagar ao autor, a título de indenização por danos morais a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais), com incidência da correção monetária a partir da data da prolação desta sentença (Súmula 362 do STJ) e juros de mora a partir do primeiro evento danoso (Súmula 54 do STJ), tudo na forma do art. 1º-F da Lei 9.494/1997, alterado pela Lei 11.960/2009.*
>
> *Atenta ao princípio da sucumbência, condeno o requerido ao pagamento dos honorários advocatícios em favor do patrono do autor, que fixo em 2.000,00 (dois mil reais), na forma do art. 20, § 4º, do CPC, já considerando o grau de zelo do profissional, a importância e a complexidade da causa, o tempo e o lugar da prestação do serviço.*
>
> *Nos termos do art. 475, I, do Código de Processo Civil, submeto a sentença ao reexame Necessário.*
>
> *O processo fica extinto, com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil.*
>
> *Transitada em julgado, arquive-se com as cautelas de estilo.*
>
> *P.R.I.*

Passo à análise do presente recurso.

Da caracterização de dano moral

Em que pesem as alegações trazidas aos autos pelo apelante, entendo que não lhe assiste razão, neste particular.

Na espécie, o recorrido teve o montante de R$ 625,40 (seiscentos e vinte e cinco reais e quarenta centavos) bloqueados de sua conta bancária em 22 de março de 2011, em decorrência de confusão em razão de homônimo, réu na ação de execução de alimentos nº 0001626-73.2008.8.12.0031. Tal penhora *on-line* perdurou até dezembro daquele ano, só se resolvendo após o recorrido comprovar que se tratava de engano, tendo o Defensor Público em Nova Alvorada do Sul encaminhado pedido ao magistrado de piso para esclarecimento da questão.

Após, em 2012, o magistrado de piso, realizou restrição, através do RENAJUD, de veículo de propriedade do apelado, sendo realizada pelo oficial de justiça a penhora e avaliação do bem em 11 de abril daquele ano (fl. 63).

O novo equívoco só foi corrigido através da apresentação de impugnação à penhora pelo recorrido (fl. 64/65).

Desta feita, diante de tantos equívocos, não há falar em mero dissabor ou situação cotidiana enfrentada pelo apelado, como quer fazer crer o Ente Público recorrente.

A confusão gerada por ter o mesmo nome do executado fez com que o autor tivesse todo o montante que possuía em conta bloqueado, por quase um ano. Tais valores, certamente, seriam utilizados para sua subsistência e de sua família, o que ultrapassa mera situação corriqueira.

Após a resolução do primeiro imbróglio, crendo que não haveria mais problemas, uma vez que supostamente esclarecida a questão, o autor foi novamente surpreendido, desta vez com o comparecimento de oficial de justiça em sua residência, procedendo à avaliação de bem móvel de sua propriedade.

A repetição de atos gravosos de tal viés, bem como o comprometimento de seu patrimônio, por certo causaram abalo moral ao recorrido, ultrapassando assim as raias da normalidade.

Confira-se a lição doutrinária de Yussef Said Cahali acerca da matéria[1]:

> *Parece mais razoável, assim, caracterizar o dano moral pelos seus próprios elementos; portanto, como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos; classificando-se, desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade etc.); dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante etc.), e dano moral puro (dor, tristeza etc.).*
>
> *Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.*

1 *In* Dano Moral. São Paulo: Editora RT, 2011, 4ª ed. rev., atual. e ampl., p. 19/20.

Desta feita, não merecem prosperar os argumentos trazidos aos autos pelo recorrente, nos termos expostos na sentença invectivada.

Do *quantum* indenizatório

No tocante à fixação do *quantum* dos danos morais, ressalta-se que deve ficar ao prudente arbítrio do julgador, de forma a compensar o dano, levando em conta as condições financeiras das partes, devendo estar compatível com o dano suportado pelo ofendido.

Neste sentido:

> *EMENTA DIREITO DO CONSUMIDOR. BANCÁRIO. ATO ILÍCITO CONSISTENTE NA INCLUSÃO INDEVIDA DO NOME DA RECORRIDA NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. CONFIGURADO. DANO MORAL. CABÍVEL. VALOR DA CONDENAÇÃO ATENDE A CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. O adimplemento de dívida através de fatura para tal fim, emitida pelo banco (ID 445165), carece de posterior comunicação confirmatória à central de atendimento do estabelecimento bancário. O conhecimento do pagamento integral do valor, na data própria, é inerente à efetivação do próprio adimplemento. 2. Estando antecipadamente paga a dívida referente ao acordo entabulado, inexiste débito a justificar a inscrição nos registros de inadimplentes (SPC, SERASA). 3. A indenização por danos morais há de ser fixada por arbitramento judicial, orientado o juiz pelos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade. Para o caso dos autos, tendo em vista a negativação indevida do nome da recorrida, tenho como justa e razoável a indenização no valor de R$ 5.000,00. 4. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 5. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, com súmula de julgamento servindo de acórdão, na forma do artigo 46 da Lei nº 9.099/95. 6. Diante da sucumbência, nos termos do artigo 55 da Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), condeno o recorrente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) do valor da causa.* (TJDF. RInom 0703910-91.2015.8.07.0003; Terceira Turma Recursal dos Juizados Especiais; Rel. Juiz Asiel Henrique de Souza; Julg. 31/05/2016; DJDFTE 09/06/2006; Pág.449).

> *RESPONSABILIDADE CIVIL - TROCA DE CADÁVERES. ATRASO NO SEPULTAMENTO - DANO MORAL - QUANTUM - VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DELINEADAS SOBERANAMENTE PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA - IMPOSSIBILIDADE.*
>
> *1. Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplice função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir. (...).* (AgRg no Ag 1251348/RJ - Agravo Regimental No Agravo De Instrumento n.º 2009/0225790-0 – Relatora: Ministra Eliana Calmon - Órgão Julgador: T2 - Segunda Turma Data do Julgamento 18/05/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 25/05/2010 - REVFOR vol. 409 p. 436).

> *PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE. DENGUE HEMORRÁGICA. CONFIGURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO PELO TRIBUNAL A QUO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR IRRISÓRIO. CONFIGURADO.*

> *1. Os danos morais na sua expressão econômica devem assegurar a justa reparação e a um só tempo vedar o enriquecimento sem causa do autor, mercê de considerar a capacidade econômica do réu, por isso que se impõe seja arbitrado pelo juiz de forma que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplariedade e da solidariedade. (...).* (REsp 1133257/RJ - Recurso Especial n.º 2009/0064907-9 – Relator: Ministro Luiz Fux - Órgão Julgador T1 - Primeira Turma Data do Julgamento 27/10/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 02/02/2010).

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. Quarta edição. 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 reanalise sua forma de atuação, evitando a reiteração de atos análogos.

No caso vertente, o valor fixado na decisão singela, qual seja, R$10.000,00 (doze mil reais), se mostra equânime e condizente com a situação fática apresentada na espécie, motivo pelo qual merece subsistir.

Do prequestionamento

Enfim, no que tange ao prequestionamento, não há necessidade de manifestação expressa dos dispositivos legais invocados no recurso, eis que toda a matéria foi satisfatoriamente apreciada, além do que o magistrado não está obrigado a responder a todos os questionamentos nem a se pronunciar sobre todos os preceitos legais listados pelas partes se já encontrou fundamentação suficiente para embasar a conclusão do julgado.

Ante o exposto, conheço do recurso, negando-lhe provimento, mantendo-se incólume a sentença invectivada.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento aos recursos.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Marcelo Câmara Rasslan

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Sérgio Fernandes Martins e Des. Marcelo Câmara Rasslan.

Campo Grande, 21 de fevereiro de 2017.

***

3ª Seção Cível
Mandado de Segurança nº 1412616-90.2015.8.12.0000
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – RESOLUÇÃO 28/2015 DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA – AUXÍLIO-MORADIA DOS MEMBROS DO MP – VEDAÇÃO DE CUMULAÇÃO COM CÔNJUGE QUE JÁ PERCEBA A VERBA OU OCUPE IMÓVEL FUNCIONAL – ATO EMANADO DO CNMP – ART. 6º, §3º, DA LEI 12.016/09 – COMPETÊNCIA DO STF PARA APRECIAR A MATÉRIA – ILEGITIMIDADE PASSIVA ACOLHIDA – ORDEM DENEGADA

O art. 6º, § 3º, da lei 12.016/09 conceitua autoridade coatora como aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática. Referida definição legal afasta a legitimidade do mero executor da ordem ou ato para figurar no pólo passivo da impetração.

O ato impugnado emanou do Conselho Superior do Ministério Público, o que, segundo entendimento sedimentado pelo Órgão Especial deste Sodalício nos autos do Mandado de Segurança n.º 1411208-64.2015.8.12.0000, em observância à orientação do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, denota a ilegitimidade da autoridade apontada como coatora.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Seção Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, acolher a preliminar de ilegitimidade passiva e denegar a segurança, nos termos do voto da relatora. Decisão com o parecer.

Campo Grande, 20 de fevereiro de 2017.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

ASMMP - Associação Sul-Mato-Grossense dos Membros do Ministério Público impetra mandado de segurança com pedido de liminar contra ato praticado pelo Procurador (a) - Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na edição da Resolução n.º 028/2015-PGJ, que regulamentou o pagamento do auxílio moradia aos membros do Ministério Público.

Aduz que em razão da Resolução n.º 005/2006-PGJ não estar em harmonia com as normas traçadas pela novel Resolução CNMP n.º 117/2014, a autoridade impetrada levou à votação do E. Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público uma minuta de resolução que tem por objetivo realizar a respectiva adequação, a qual foi aprovada – Resolução n.º 28/2015-PGJ.

Assevera que dentre as vedações está o pagamento do auxílio moradia a quem possui cônjuge ou companheiro ocupando imóvel funcional ou percebendo auxílio-moradia na mesma localidade.

Entende que tal vedação não consta da Lei Orgânica do Ministério Público de Mato Grosso do Sul, que em seu art. 113, II, ressalva apenas que o benefício não deve ser concedido nos casos em que houver residência oficial na localidade em que for designado o membro. Ademais, ressalva que aos membros do Ministério Público deve ser dado o mesmo tratamento conferido aos membros da Magistratura, inclusive em relação à remuneração.

Por entender presentes os requisitos, pugnou pela concessão de medida liminar, para que seja reconhecida a ilegalidade do ato coator e garantir o pagamento de auxílio moradia a todos os associados da impetrante, independentemente de residirem com pessoa que receba verba da mesma natureza.

Ao final, requer a concessão definitiva da segurança, para que os substituídos da impetrante tenham reconhecida a isonomia de tratamento em relação aos membros da Magistratura, a fim de ser estendido o pagamento do auxílio-moradia a todos os membros do MPE/MS, indistintamente, a fim de sanar ilegalidade cometida a direito líquido e certo.

A liminar foi indeferida às fls. 86-88.

As informações foram prestadas às fls. 103-109, onde foi postulada a denegação da ordem em razão da ausência de direito líquido e certo. O Estado de Mato Grosso do Sul integrou a lide apresentando a defesa às fls. 110-118, onde suscitou preliminares de ilegitimidade passiva com consequente incompetência absoluta e de inadequação da via eleita; no mérito, postulou pela denegação da segurança ante a ausência de ilegalidade.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer pugnando pelo não acolhimento das preliminares e, no mérito, denegação da segurança.

VOTO

A Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por ASMMP - Associação Sul-Mato-Grossense dos Membros do Ministério Público contra ato praticado pelo Procurador (a) - Geral de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na edição da Resolução n.º 028/2015-PGJ, que regulamentou o pagamento do auxílio moradia aos membros do Ministério Público.

A impetrante assevera que o ato atacado teve por objetivo atender ao disposto na Resolução CNMP n.º 117/2014, e acabou por vedar o pagamento do auxílio moradia a seus substituídos que possuem cônjuge ou companheiro ocupando imóvel funcional ou percebendo auxílio-moradia na mesma localidade.

Entende que tal vedação não consta da Lei Orgânica do Ministério Público de Mato Grosso do Sul, que em seu art. 113, II, ressalva apenas que o benefício não deve ser concedido nos casos em que houver residência oficial na localidade em que for designado o membro. Ademais, ressalva que aos membros do Ministério Público deve ser dado o mesmo tratamento conferido aos membros da Magistratura, inclusive em relação à remuneração.

A autoridade impetrada prestou informações defendendo a legalidade do ato impugnado. O Estado de Mato Grosso do Sul integrou a lide prestando informações e defesa onde suscitou preliminar de ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora, indicando a competência do STF para apreciar a matéria, bem como preliminar de inadequação da via eleita e, no mérito, sustentou a ausência de ilegalidade do ato tido como coator.

Da preliminar de ilegitimidade passiva

Tenho que a referida preliminar merece ser acolhida.

Como bem salientou a própria impetrante, aos membros do Ministério Público deve ser dado o mesmo tratamento conferido aos membros da Magistratura, motivo pelo qual a presente demanda exige julgamento em conformidade com o que restou decidido nos autos do mandado de segurança n.º 1411208-64.2015.8.12.0000, impetrado pela Associação dos Magistrados de Mato Grosso do Sul contra regra de mesmo teor, instituída pelo Conselho Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul.

No referido *mandamus*, após amplo debate, restou decidido pelo c. Órgão Especial deste e. Tribunal de Justiça que o Conselho Superior da Magistratura local apenas cumpriu ordem expedida pelo Conselho Nacional de Justiça, devendo eventual impugnação ser realizada em face daquele Órgão. Senão vejamos:

> *EMENTA - MANDADO DE SEGURANÇA - ATO PRATICADO PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM CUMPRIMENTO À ORDEM EXPEDIDA PELO CONSELHO NACIONAL DA MAGISTRATURA - CARÊNCIA DA AÇÃO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA - ACOLHIMENTO - ORDEM DENEGADA.*
>
> *1. O art. 6º, § 3º, da lei 12.016/09 conceitua autoridade coatora como aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática. Referida definição legal afasta a legitimidade do mero executor da ordem ou ato para figurar no pólo passivo da impetração.*
>
> *2. Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal, compete-lhe conhecer de mandado de segurança impetrado contra ato do CNJ que disponha sobre remuneração de magistrados, sendo o Presidente dos Tribunais mero executor da ordem.*
>
> *3. No caso dos autos, tem-se que o CNJ determinou especificamente à autoridade apontada como coatora a suspensão do pagamento do auxílio moradia aos impetrantes em razão de residirem com outra pessoa que percebe vantagem da mesma natureza, em atendimento ao comando contido no art. 3º da Resolução CNJ 199/2014.*
>
> *4. Não compete a esta Corte avaliar a alegada ilegalidade ou injustiça da referida norma, sob pena de aviltamento à competência do Supremo Tribunal Federal, estabelecida no art. 102, I, r, da Constituição Federal.*
>
> *5. Reconhecida a ilegitimidade passiva da autoridade coatora impõe-se a denegação da ordem, nos termos do art. 485, VI, do NCPC, c/c art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/09.* (Relator(a): Des. Sideni Soncini Pimentel; Comarca: Não informada; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 02/08/2016; Data de registro: 08/09/2016)

Vejamos, ainda, trecho condutor do referido acórdão:

> *(...) É que o art. 6º, § 3º, da lei 12.016/09, conceitua autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática. Referida definição legal afasta a legitimidade do mero executor da ordem ou ato para figurar no pólo passivo da impetração. Assim o é pois somente aquele detentor da competência para a pratica do ato poderá pratica-lo ou corrigi-lo.*

É nesse sentido a abalizada lição de Humberto Theodoro Júnior:

> *(...) Por autoridade coatora, in caso, se deve entender qualquer agente da administração pública direta ou que exerça atos próprios do Poder Público, ou que, por lei, sejam a estes equiparados. Como tal a Lei nº 12.016 considera tanto o que tenha praticado*

> *o ato impugnado pelo mandado de segurança, como aquele que tenha ordenado sua prática (art. 6º, § 3º). Nunca será, porém, o mero executor material do ato, mas sempre o que detém poder e competência para decisão a seu respeito. Pacífico, pois, é o entendimento, doutrinário e jurisprudencial, de que 'autoridade coatora é aquela que tem competência para a prática do ato ou sua correção no momento da impetração do mandado de segurança.* (Lei do Mandado de Segurança Comentada, Forense, 2014, p. 84)

Hely Lopes Meirelles, Arnoldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes tem a mesma opinião:

> *É autoridade coatora, para os efeitos da lei, a pessoa que ordena ou omite a prática do ato impugnado e o superior que baixa normas gerais para sua execução. Não há confundir, entretanto, o simples executor material do ato com a autoridade por ele responsável. Coator é a autoridade superior que pratica ou ordena concreta e especificamente a execução ou inexecução do ato impugnado e responde pelas suas consequências administrativas; executor é o agente subordinado que cumpre a ordem por dever hierárquico, sem se responsabilizar por ela. (...) incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá ser sempre dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário.* (Mandado de Segurança e Ações Constitucionais, 32ª ed., Malheiros, 2009, p. 65)

> *Assentada essa premissa, tem-se que a rejeição da arguição culminará em usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar as ações contra o Conselho Nacional de Justiça, conforme previsão contida no art. 102. I, "r", da Constituição Federal.*
>
> *A questão, aliás, já foi enfrentada pela Segunda turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar procedente, por unanimidade, Reclamação requerida pela União contra decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em mandado de segurança impetrado pela Associação de Magistrados do Distrito Federal e Territórios – Amagis/DF contra decisão do Presidente daquela Corte, determinando a aplicação dos arts. 3º, 4º e 12, da Resolução nº 13, do Conselho Nacional de Justiça, que culminou por excluir dos subsídios mensal dos magistrados o adicional por tempo de serviço.*

Referido julgamento restou assim ementado:

> *EMENTA: RECLAMAÇÃO. ALEGADA USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DESTE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ESTABELECIDA NO ART. 102, INC. I, ALÍNEAS N E R, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. O PRESIDENTE DAQUELE TRIBUNAL DE JUSTIÇA É MERO EXECUTOR DO ATO EMANADO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO DETERMINADA PELA RESOLUÇÃO N. 13/2006 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. INTERESSE DE TODA A MAGISTRATURA. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.* (Rcl 4731, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 05/08/2014, Acórdão Eletrônico DJe-159 divulg 18-08-2014 public 19-08-2014)

Referido julgamento, importante destacar, escorou-se em dupla fundamentação:

> *1) compete ao Supremo conhecer de mandado de segurança impetrado contra ato do CNJ que disponha sobre remuneração de magistrados, sendo o Presidente dos Tribunais mero executor da ordem; e*
>
> *2) compete ao Supremo conhecer de ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados.*
>
> *A hipótese dos autos identifica-se, no mínimo, com o primeiro fundamento.(...)*

No presente caso, o ato atacado visa o cumprimento de ordem expedida pelo CNMP, senão vejamos o conteúdo da Resolução n.º 117/2014[1]:

> *(...) Art. 3º Não será devida a ajuda de custo para moradia ao membro, e de igual modo o seu pagamento cessará, quando:*
>
> *I – estiver aposentado ou em disponibilidade decorrente de sanção disciplinar;*
>
> *II – estiver afastado ou licenciado, sem percepção de subsídio;*
>
> *III- seu cônjuge ou companheiro ocupe imóvel funcional ou perceba auxílio-moradia na mesma localidade.*

Enquanto isso, o ato atacado – Resolução n.º 028/2015-PGJ – dispõe que:

> *(...) Art. 3º Não será devida a ajuda de custo para moradia ao membro, e de igual modo o seu pagamento cessará, quando:*
>
> *I – estiver aposentado ou em disponibilidade decorrente de sanção disciplinar;*
>
> *II – estiver afastado ou licenciado, sem percepção de subsídio;*
>
> *III- seu cônjuge ou companheiro ocupe imóvel funcional ou perceba auxílio-moradia na mesma localidade.*

Realizando o cotejamento de ambos os Diplomas, constata-se que realmente o ato impugnado emanou do Conselho Superior do Ministério Público, o que, segundo entendimento sedimentado pelo Órgão Especial deste Sodalício, em observância à orientação do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, denota a ilegitimidade da autoridade apontada como coatora.

Ante o exposto, contra o parecer, acolho a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo Estado de Mato Grosso do Sul e denego a segurança nos termos do art. 485, VI, do CPC/15 e do art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/09.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, acolheram a preliminar de ilegitimidade passiva e denegaram a segurança, nos termos do voto da relatora. Decisão com o parecer.

Presidência da Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Des. Eduardo Machado Rocha, Des. Amaury da Silva Kuklinski e Des. Vilson Bertelli.

Campo Grande, 20 de fevereiro de 2017.

***

1 Regulamenta a ajuda de custo para moradia aos membros do Ministério Público.

Órgão Especial
Mandado de Segurança nº 1413468-17.2015.8.12.0000 - Tribunal de Justiça
Relatora Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PROCURADORES AUTÁRQUICOS – PRETENSÃO DE EQUIPARAÇÃO DE SUBSÍDIO AO DE PROCURADORES AUTÁRQUICOS QUE ENTABULARAM ACORDO COM O ESTADO – LEI ESTADUAL N. 4.492/2014 – IMPOSSIBILIDADE – SITUAÇÃO DISTINTA – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À ISONOMIA – IMPOSSIBILIDADE DE AUMENTO DE VENCIMENTOS SOB FUNDAMENTO DE ISONOMIA – SÚMULA VINCULANTE N. 37 – ORDEM DENEGADA.

A Lei n.º 4.492/2014 possui a nítida intenção de compensar financeiramente aqueles que firmaram acordo renunciando os direitos acima mencionados. Enquanto isso, os que não aderiram ao acordo recebem – ou receberão – a Parcela Constitucional de Irredutibilidade (PCI), além de seus respectivos subsídios.

Não há que se falar em violação ao princípio da isonomia, tendo em vista que a legislação atacada trata de servidores que estão em situações, fáticas e jurídicas, distintas, bem como que a verdadeira igualdade é conhecida por ser aquela que trata igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores sob fundamento de isonomia. (Súmula vinculante n. 37).

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria e, com o parecer, denegar a segurança, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, por férias, os Desembargadores Sérgio Fernandes Martins e Sideni Soncini Pimentel.

Campo Grande, 1º de fevereiro de 2017.

Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges - Relator

RELATÓRIO

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Daniel Zanforlim Borges, Josué Ramalho Sulzer, Ciro Guerra Del Barco e Cristiane Lima Maciel Nunes impetram mandado de segurança com pedido de liminar contra ato praticado pelo Secretário de Estado de Administração e Desburocratização e pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, consistente na fixação de subsídios distintos para ocupantes do mesmo cargo.

Aduzem serem procuradores de entidades autárquicas desde 2004 e 2005, sendo que com o advento da Lei Estadual n.º 3.518/08 foi instituído o sistema remuneratório por 'subsídio' e, posteriormente, a Lei n.º 4.492/2014 estabeleceu as tabelas de subsídio dos servidores integrantes da carreira de procurador de entidades públicas, apresentando duas tabelas distintas de subsídios, como forma de coagir os integrantes da carreira a renunciar direitos que estavam sendo judicialmente buscados (PCI), o que entendem por ilegal, discriminatório, regime de exceção, pois não podem perceber subsídio diferente de colegas que exercem a mesma função – princípio da isonomia.

Por entenderem presentes os requisitos, pugnam pela concessão de medida liminar, para que seja determinado o imediato pagamento complementar da diferença oriunda do Anexo I da Lei n.º 4.492/14 aos impetrantes, desde sua entrada em vigor até o presente momento, ou desde o ingresso do pedido administrativo.

Ao final, requerem a concessão definitiva da segurança, para que seja reconhecido o direito dos impetrantes a perceber remuneração igual aos colegas, afastando a discriminação entre os Anexos da Lei n.º 4.492/2014, com o pagamento do valor retroativo desde a entrada em vigor da referida Lei, senão desde o pedido administrativo. Requerem, ainda, a declaração de inconstitucionalidade do Anexo II da Lei n.º 4.492/2014, a fim de garantir pagamento único e isonômico a uma mesma categoria – arts. 5º, *caput*, e 39, §1º, da CF e art. 27, XII, da CE.

A liminar foi indeferida às fls. 108-110.

As informações foram prestadas às fls. 127-148, onde foi postulada a denegação da ordem em razão da ausência de direito líquido e certo ou de ilegalidade do ato apontado como coator.

A d. Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer pugnando pela denegação da segurança.

VOTO (EM14/12/2016)

A Srª. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges. (Relatora)

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Daniel Zanforlim Borges e outros, contra ato praticado pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul e pelo Secretário(a) de Estado de Administração e Desburocratização de Mato Grosso do Sul, consistente na fixação de subsídios distintos para ocupantes do mesmo cargo.

O objeto de impugnação no presente *mandamus* é a edição da Lei Estadual n.º 4.492/2014, que criou duas tabelas de subsídios diferenciadas para mesma carreira de Procurador de Entidades Públicas, uma para servidores que renunciaram seus direitos em favor do Estado e outra para os servidores que optaram pela continuidade dos litígios judiciais.

Os impetrantes entendem que a alteração remuneratória trazida vai de encontro com o princípio da isonomia.

Tenho que a ordem deve ser denegada.

Antes de mais nada, necessário se faz trazer à baila o ato legislativo atacado:

> *Art. 1º Fica estabelecida, na forma constante do Anexo I desta Lei, a tabela de subsídio, referente a dezembro de 2014, dos integrantes da carreira Procurador de Entidades Públicas, como forma de compensação financeira, para os servidores que firmaram acordo*

com o Estado, renunciando a direito fundado em legislação de pessoal anterior a esta Lei, em que se discutem as parcelas denominadas vantagem pessoal, sua correção, inclusão e reflexos, gratificação pelo exercício da função de advogado e adicional de função.

§1º A renúncia de que trata o caput deste artigo poderá ser judicial ou administrativa e deverá ser firmada em até 10 dias após a publicação desta Lei.

§2º Os valores dos subsídios serão revistos, anualmente, sempre na mesma data, e fixados por lei específica.

Art. 2º Aos servidores integrantes da carreira Procurador de Entidades Públicas que não renunciarem a direito especificado no art. 1º desta Lei, fica estabelecida a tabela de subsídio constante do Anexo I desta Lei.

Ora, em que pese a alegação de ofensa à isonomia, o ato legislativo tido como ilegal na verdade pretendeu compensar financeiramente o integrante da carreira que optasse por renunciar aos altos valores percebidos a título de PCI – parcela inconstitucional de irredutibilidade.

Assim, a bem da verdade, constata-se que o intuito do legislador foi de conferir isonomia – ou diminuir a desigualdade – existente entre os procuradores autárquicos que renunciaram seus direitos e aqueles que optaram por prosseguir nas demandas judiciais.

É que considerando a alteração de regime remuneratório da carreira, onde restaram extintas as vantagens pessoais, gratificações, dentre outras verbas e seus reflexos, bem como que os procuradores que se sentiram lesados com tal alteração buscaram judicialmente o direito que entendiam possuir em decorrência de tal mudança, tem-se que vários deles passaram a perceber a PCI em valores expressivos.

Com efeito, a Lei atacada possui a nítida intenção de compensar financeiramente, mesmo que de forma singela, aqueles que firmaram acordo renunciando os direitos acima mencionados.

Enquanto isso, os que não aderiram ao acordo recebem - ou receberão – a Parcela Constitucional de Irredutibilidade (PCI), além de seus respectivos subsídios, sendo que no presente caso o direito dos impetrantes foi reconhecido nos autos n.º 0033433-12.2005.8.12.0001, cujo acórdão está pendente de publicação.

Assim é que não há que se falar em violação ao princípio da isonomia, tendo em vista que a legislação atacada trata de servidores que estão em duas situações, fáticas e jurídicas, distintas. Enquanto isso, é cediço que a verdadeira igualdade é conhecida por ser aquela que trata igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

A questão não é nova neste c. Órgão Especial, fazendo-se pertinente colacionar alguns dos casos análogos já apreciados, *verbis*:

PROCURADORES AUTÁRQUICOS – PRETENSÃO DE EQUIPARAÇÃO DE SUBSÍDIO AO DE PROCURADORES AUTÁRQUICOS QUE ENTABULARAM ACORDO COM O ESTADO (JUDICIAL OU EXTRAJUDICIALMENTE), NOS TERMOS DE REGRAMENTO IMPLEMENTADO PELA LEI ESTADUAL N. 4.492/2014 – IMPOSSIBILIDADE – SITUAÇÃO DISTINTA A REFERENDAR TRATAMENTO DIFERENCIADO AOS SERVIDORES AUTÁRQUICOS QUE CELEBRARAM COMPOSIÇÃO COM O ESTADO – IMPOSSIBILIDADE DE AUMENTO DE VENCIMENTOS SOB FUNDAMENTO DE ISONOMIA – ORDEM DENEGADA.

O objeto do writ diz respeito à análise de eventual ilegalidade da tabela de subsídios diferenciada, implementada pela Lei Estadual n. 4.492/2014, com remuneração a maior para servidores que celebraram composição com o Estado, onde renunciaram direitos, inclusive suprimindo a parcela constitucional de irredutibilidade (PCI).

Aos procuradores autárquicos que não celebraram composição com o Estado (judicial ou extrajudicialmente) não é lícito pretender equiparação salarial com o restante dos procuradores que assim procederam, porquanto, além da questão fática ensejadora da diferenciação ser distinta, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores sob fundamento de isonomia. Súmula vinculante n. 37 do STF. (TJMS, Mandado de Segurança n. 1403466-85.2015.8.12.0000) (Relator(a): Des. Vladimir Abreu da Silva; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 11/11/2015; Data de registro: 21/01/2016)

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCURADORES AUTÁRQUICOS. PRETENSÃO DE EQUIPARAÇÃO DE SUBSÍDIO AO DE PROCURADORES AUTÁRQUICOS QUE ENTABULARAM ACORDO COM O ESTADO (JUDICIAL OU EXTRAJUDICIALMENTE), NOS TERMOS DE REGRAMENTO IMPLEMENTADO PELA LEI ESTADUAL N. 4.492/2014. IMPOSSIBILIDADE. SITUAÇÃO DISTINTA A REFERENDAR TRATAMENTO DIFERENCIADO AOS SERVIDORES AUTÁRQUICOS QUE CELEBRARAM COMPOSIÇÃO COM O ESTADO. IMPOSSIBILIDADE DE AUMENTO DE VENCIMENTOS SOB FUNDAMENTO DE ISONOMIA. ORDEM DENEGADA.

Aos procuradores autárquicos que não celebraram composição com o Estado (judicial ou extrajudicialmente) não é lícito pretender equiparação salarial com o restante dos procuradores que assim procederam, porquanto, além da questão fática ensejadora da diferenciação ser distinta, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores sob fundamento de isonomia.

Inteligência da Súmula Vinculante n. 37 do STF. (Relator(a): Des. Sérgio Fernandes Martins; Comarca: Não informada; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 18/11/2015; Data de registro: 18/01/2016)

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – PROCURADORES AUTÁRQUICOS – PRETENSÃO DE EQUIPARAÇÃO DE SUBSÍDIO AO DE PROCURADORES AUTÁRQUICOS QUE ENTABULARAM ACORDO COM O ESTADO (JUDICIAL OU EXTRAJUDICIALMENTE), NOS TERMOS DE REGRAMENTO IMPLEMENTADO PELA LEI ESTADUAL N. 4.492/2014 – IMPOSSIBILIDADE – SITUAÇÃO DISTINTA A REFERENDAR TRATAMENTO DIFERENCIADO AOS SERVIDORES AUTÁRQUICOS QUE CELEBRARAM COMPOSIÇÃO COM O ESTADO – IMPOSSIBILIDADE DE AUMENTO DE VENCIMENTOS SOB FUNDAMENTO DE ISONOMIA – ORDEM DENEGADA.

O objeto do writ diz respeito à análise de eventual ilegalidade da tabela de subsídios diferenciada, implementada pela Lei Estadual n. 4.492/2014, com remuneração a maior para servidores que celebraram composição com o Estado, onde renunciaram direitos, inclusive suprimindo a parcela constitucional de irredutibilidade (PCI).

Aos procuradores autárquicos que não celebraram composição com o Estado (judicial ou extrajudicialmente) não ***é*** *lícito pretender equiparação salarial com o restante dos procuradores que assim procederam, porquanto, além da questão fática ensejadora da diferenciação ser distinta, não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores sob fundamento de isonomia. Súmula vinculante n. 37 do STF.* (Relator(a): Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva; Comarca: Campo Grande; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 26/05/2015; Data de registro: 28/05/2015)

Não fosse por isso, a pretensão lançada neste mandado de segurança vai de encontro com o disposto na Súmula Vinculante n.º 37, que assim estabelece:

Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

Ante o exposto, tendo em vista a ausência de ilegalidade do ato apontado como coator, com o parecer, denego a ordem impetrada.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (1º Vogal)

Acompanho o voto da Relatora.

Conclusão de julgamento adiada para a sessão de 1º/02/17, em face do pedido de vista do Des. Carlos Eduardo Contar e em razão das férias da relatora, após esta e o des. Romero Osme Dias Lopes denegarem a segurança, os demais aguardam.

VOTO (EM 01/02/2017)

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (2º Vogal)

Acompanho o voto da Relatora.

O Sr. Des. Dorival Renato Pavan. (5º Vogal)

Com a devida vênia ao entendimento da ilustre relatora, ouso discordar.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por procuradores de entidade pública estadual, objetivando o recebimento das remunerações igual aos que desistiram das ações contra o Estado de Mato Grosso do Sul, afastando o tratamento desigual estabelecido pelos anexos I e II da Lei Estadual n. 4.492/2014.

Inicialmente, observa-se que a Lei Estadual n. 4.492, de 03 de abril de 2014, realmente estabeleceu tabelas diferenciadas de subsídios para os servidores integrantes da carreira de Procurador de Entidades Públicas, aplicando como critério de diferenciação o fato de renunciarem ou não renunciarem ao direito de discutir parcelas denominadas vantagem pessoal fundada em legislação anterior.

Eis o teor dos artigos 1º e 2º da referida lei:

> *Art. 1º* ***Fica estabelecida, na forma constante do Anexo I desta Lei, a tabela de subsídio, referente a dezembro de 2014, dos integrantes da carreira Procurador de Entidades Públicas, como forma de compensação financeira, para os servidores que firmaram acordo com o Estado, renunciando a direito fundado em legislação de pessoal anterior a esta Lei, em que se discutem as parcelas denominadas vantagem pessoal, sua correção, inclusão e reflexos, gratificação pelo exercício da função de advogado e adicional de função.***
>
> *§ 1º* ***A renúncia de que trata o caput deste artigo poderá ser judicial ou administrativa e deverá ser firmada*** *em até 10 dias após a publicação desta Lei.*
>
> *§ 2º Os valores dos subsídios serão revistos, anualmente, sempre na mesma data, e fixados por lei específica.*
>
> *Art. 2º* ***Aos servidores integrantes da carreira Procurador de Entidades Públicas que não renunciarem a direito especificado no art. 1º desta Lei, fica estabelecida a tabela de subsídio constante do Anexo II desta Lei.*** (g.n.)

Infere-se dos anexos I e II da referida lei, por exemplo, que um Procurador de Entidade Pública de Categoria Especial nível VIII que renunciasse ao direito mencionado no art. 1º perceberia mensalmente o valor de R$ 14.907,21 (quatorze mil, novecentos e sete reais e vinte e um centavos), ao passo que o mesmo Procurador de Entidade Pública de Categoria Especial nível VIII que não renunciasse perceberia o valor de R$ 10.898,63, ou seja, aproximadamente 27% a menos que o primeiro.

A arbitrariedade e a inconstitucionalidade da lei são patentes uma vez que há clara violação ao princípio da isonomia e ao artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Trata-se de uma introdução no ordenamento jurídico de norma que estabelece diferenciação entre situações idênticas, numa clara tentativa de coagir o servidor a não litigar contra a Administração Pública, ferindo o seu próprio direito de ação.

É, efetivamente, uma punição a quem se socorreu do Poder Judiciário e não renunciou ao direito, remunerando-lhe com subsídio muito inferior em relação àqueles que não buscaram a tutela jurisdicional de seus direitos ou, se buscaram, renunciaram ao direito.

Há, assim, indubitável ofensa ao artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que trata do direito fundamental e irrenunciável à ação, dispondo que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*".

Robustece o raciocínio sopesado acima, o Parecer do e. Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro De Barros, ao apreciar a Suspensão de Segurança nº 5.027-MS perante a Excelsa Corte**,** em caso idêntico ao dos autos:

> *Como se vê, ao prever duas tabelas distintas com valores diversos para a fixação dos subsídios do mesmo cargo, a depender de eventual renúncia a direito, a Lei Estadual 4.492/2014, parece impor, ainda que de forma velada, uma reprimenda aos procuradores que buscam a tutela administrativa ou judicial de seus direitos litigiosamente, em que pese seja o direito de ação um direito fundamental e, como tal irrenunciável.*

Aliás, como bem explana Gilmar Ferreira Mendes *et alii in Curso de Direito Constitucional*, 3ª edição, Editora Saraiva, p. 570: "*O direito de petição é um típico direito fundamental de caráter geral ou universal (direito da pessoa humana), assegurado a todos, pessoas físicas ou jurídicas, brasileiros ou estrangeiros, ou até mesmo a entes não dotados de personalidade jurídica. Pode ser exercido individual ou coletivamente*."

E agrega a noção do referido direito fundamental pertinente voto do Ministro Marco Aurélio: *"A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível. Omisso o provimento judicial e, em que pese a interposição de embargos declaratórios, persistindo o vício na arte de proceder, forçoso* é *assentar a configuração da nulidade."* (STF, RE 158.655, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 20-8-1996, Segunda Turma, DJ de 2-5-1997).

Por outro vértice, o princípio da isonomia ou igualdade, previsto no artigo 5º, *caput*[1], da Constituição Federal, remonta, em sua formulação política, a Platão e Aristóteles, existindo em caráter suprapositivo, ou seja, anterior ao Estado, razão por que mesmo se não constasse do texto constitucional, ainda assim teria de ser respeitado, e tem sua perfeita tradução no conhecido aforismo de que o igual deve ser tratado igualmente; o desigual, desigualmente.

Concatenando, pois, os direitos constitucionais de acesso ao judiciário e de tratamento isonômico diante de uma mesma situação, tem-se que a estipulação legal de diferenciar o montante remuneratório dos procuradores ao simples fundamento de existir lide em curso contra o Estado - "*Aos servidores integrantes da carreira Procurador de Entidades Públicas que não renunciarem a direito especificado no art. 1º desta Lei, fica estabelecida a tabela de subsídio constante do Anexo II desta Lei*" -, ofende em dois aspectos a Lei

1 Art. 5º, *caput*, CF: "*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*".

Maior, pois quer impor sanção a quem não renuncia ao direito de petição (acesso ao judiciário), tratando de maneira discriminatória a remuneração devida em contraprestação ao serviço igualmente desempenhado.

Destarte, é patente a ilegalidade do ato perpetrado pela autoridade coatora, evidenciando o direito líquido e certo dos impetrantes.

Do exposto, contra o parecer ministerial, concedo a ordem para determinar à autoridade apontada como coatora que imediatamente passe a remunerar os impetrantes de acordo com o Anexo I da Lei Estadual n. 4.492/2014, independentemente de renúncia a qualquer tipo de direito, em especial ao direito de petição.

Sem honorários, nos termos legal e sumular.

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (6º Vogal)

Acompanho o voto da Relatora.

O Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva. (7º Vogal)

Acompanho o voto da Relatora.

O Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho. (8º Vogal)

Acompanho o voto da Relatora.

O Sr. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso.(9º Vogal)

Acompanho o voto da Relatora.

O Sr. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte. (10º Vogal)

Acompanho o voto da Relatora.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria e, com o parecer, denegaram a segurança, nos termos do voto da relatora. Ausentes, por férias, os desembargadores Sérgio Fernandes Martins e Sideni Soncini Pimentel.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Renato Pavan, Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso e Des. Claudionor Miguel Abss Duarte.

Campo Grande, 01 de fevereiro de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0500125-53.2005.8.12.0024 - Aparecida do Taboado
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO – ALEGAÇÃO DE PREJUÍZO – INSTITUTO DE RESSEGUROS DO BRASIL (IRB) – VEDAÇÃO DE INTEGRAÇÃO DO CONTRADITÓRIO – RESPONSABILIDADE DE EMPRESA FERROVIÁRIA – ACIDENTE EM LINHA FÉRREA – TEORIA DO RISCO – DESRESPEITO À SINALIZAÇÃO DE TRÂNSITO PELAS VÍTIMAS – INOBSERVÂNCIA DOS PADRÕES DE SEGURANÇA PELA EMPRESA – CULPA CONCORRENTE – EXCLUSÃO DA COBERTURA DE DANOS ESTÉTICOS E MORAIS DA APÓLICE DO SEGURO – AUSÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA – RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL – JUROS DE MORA – INCIDÊNCIA – EVENTO DANOSO – CORREÇÃO MONETÁRIA – ARBITRAMENTO JUDICIAL

Em litisconsórcio passivo facultativo, é conferida ao autor à possibilidade de incluir no processo terceiro causador do acidente que gerou os danos, não cabendo alegação de prejuízo caso não o faça.

O artigo 101, inciso II, veda a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil nos casos de contratação de seguro de responsabilidade, assegurada a posterior demanda regressiva pelo segurador, nos termos do artigo 70, inciso III, do Código de Processo Civil de 1973 (correspondente CPC/2015: artigo 125, inciso II).

A responsabilidade da empresa ferroviária pelos danos causados no exercício de suas atividades é objetiva, porque baseada na teoria do risco.

A culpa da empresa ferroviária por acidente com transeuntes, quando não observou todos os padrões de segurança para evitá-lo, é concorrente à das vítimas que desrespeitaram sinalização de trânsito e transpuseram passagem de nível.

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou que a apólice de seguro contra danos corporais pode excluir da cobertura os danos estéticos e morais, desde que o faça individual e expressamente.

Em danos advindos de responsabilidade extracontratual, os juros incidem desde o evento danoso, e a correção monetária a partir do arbitramento pelo juiz, segundo entendimento das súmulas 54 e 362 do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente.

Recursos de apelação conhecidos em parte 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, rejeitar a preliminar e negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 25 de janeiro de 2017.

Des. Vilson Bertelli – Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Companhia de Seguros Aliança da Bahia, Companhia de Seguros Aliança do Brasil, Ferronorte S.A., Itaú Seguros S/A e Bradesco Auto/RE Companhia de Seguros em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca de Aparecida do Taboado, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais de compensação por danos morais e estéticos, com juros de mora incidentes desde o evento danoso e correção monetária a partir do arbitramento; e pagamento de pensão mensal, desde a data do evento danoso, com correção monetária da data de vencimento das prestações.

Em suas razões recursais, a Companhia de Seguros Aliança da Bahia (p. 959/979) e a Companhia de Seguros Aliança do Brasil (984/1004) argumentam, preliminarmente, que o Instituto de Resseguros do Brasil deve constar como litisconsorte passivo, por expressa previsão no Decreto-Lei n. 73, de 01/11/1966 – artigo 68, § 1º. No mérito, alegam ausência de responsabilidade de indenizar, porque a apólice de seguro não prevê a cobertura de danos por acidentes pessoais, além disso o acidente ocorreu por culpa exclusiva do condutor do trator, segundo conclusões do laudo pericial; alternativamente, o *quantum* compensatório é desproporcional às especificidades do caso concreto; os juros moratórios devem incidir a partir da data do arbitramento da compensação indenizatória pelo juiz, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça; quanto ao pedido de pensão, a autora não comprovou o ganho mensal, devendo ser abatido um terço desse valor para sua sobrevivência, de forma que o cálculo da pensão incida sobre dois terços de sua renda mensal. Ademais, requer seja abatido do valor da pensão aquele eventualmente pago pelo INSS.

A Ferronorte S.A. - Ferrovias Norte Brasil (p. 1031/1058) aduz, preliminarmente, que deve haver litisconsórcio passivo necessário do condutor do trator, porque responsável pelo acidente. No mérito, argumenta que ausente a responsabilidade de indenizar, porque o acidente foi causado por culpa exclusiva do condutor do trator; a responsabilidade no caso é subjetiva, segundo o artigo 17 do Decreto 2681/12 e não foi demonstrado o ato ilícito e o nexo causal; alternativamente, caso seja mantida a condenação, requer que sua responsabilidade seja reconhecida em grau inferior à dos autores e do condutor do trator; não há prova dos danos estéticos sofridos pelo autor Guilherme Henrique Zeato; quanto à condenação ao pagamento de pensão, não há provas da ocupação da autora na época dos fatos. Além disso, a percepção de aposentadoria por invalidez dispensa a necessidade da pensão; alternativamente, caso mantida a condenação ao pagamento de pensão, requer a fixação de valor razoável, correspondente a um terço dos valores arbitrados, levando-se em conta a culpa concorrente; os juros de mora devem incidir a partir de sua fixação pelo juiz, e não do evento danoso; o arbitramento dos honorários sucumbenciais deve observar as respectivas proporções para as partes, visto que os pedidos formulados pelos autores foram julgados parcialmente procedentes.

O Itaú Seguros S/A (1106/1111) alega que o valor arbitrado a título de compensação por danos morais e estéticos deve ser reduzido, sob risco de ofensa à proporcionalidade e razoabilidade.

O Bradesco Auto/RE Companhia de Seguros (1115/1140) argumenta que não há responsabilidade de indenizar, porque houve culpa exclusiva da vítima e de terceiro; o contrato firmado com a empresa ferroviária exclui, de forma expressa, a cobertura do dano estético ao qual foi condenado solidariamente, seguindo entendimento do Superior Tribunal de Justiça; alternativamente, sustenta que houve excesso no valor compensatório arbitrado, requerendo a minoração do *quantum;* a correção monetária incida desde o arbitramento da indenização; caso seja mantida a sentença, requer seja descontado de sua parte o valor da franquia obrigatória, correspondente a R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Contrarrazões às p. 1187/1190, 1199/1209 e 1212/1220.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto por Companhia de Seguros Aliança da Bahia, Companhia de Seguros Aliança do Brasil, Ferronorte S.A., Itaú Seguros S/A e Bradesco Auto/RE Companhia de Seguros contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara da comarca de Aparecida do Taboado, que julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais de compensação por danos morais e estéticos, com juros de mora incidentes desde o evento danoso e correção monetária a partir do arbitramento; e pagamento de pensão mensal, desde a data do evento danoso, com correção monetária da data de vencimento das prestações.

Introdução

Conforme consta no boletim de ocorrência da Polícia Militar (f. 22/24), o acidente ocorreu no dia 3 de agosto de 2003, por volta das 13:00 horas. Os autores eram passageiros de trator CBT 8240, de propriedade de Milton Alonso, que trafegava na estrada lagoinha, o qual foi abalrroado por locomotiva GE DASH-9, de propriedade da empresa Ferronorte, ao atravessar a linha férrea com intuito de entrar em estrada particular.

De acordo com os argumentos dos autores, o maquinista não acionou a buzina ao se aproximar do cruzamento, não havia cancela ou sinais sonoros.

Em suas razões recursais, Companhia de Seguros Aliança da Bahia (p. 959/979) e Companhia de Seguros Aliança do Brasil (984/1004) argumentam, preliminarmente, que o Instituto de Resseguros do Brasil deve constar como litisconsorte passivo, por expressa previsão no Decreto-Lei n. 73, de 01/11/1966 – artigo 68, § 1º. No mérito, alegam ausência de responsabilidade de indenizar porque a apólice de seguro não prevê a cobertura de danos por acidentes pessoais, além disso o acidente ocorreu por culpa exclusiva do condutor do trator, segundo conclusões do laudo pericial; alternativamente, o *quantum* compensatório é desproporcional às especificidades do caso concreto; os juros moratórios devem incidir a partir da data do arbitramento da compensação indenizatória pelo juiz, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça; quanto ao pedido de pensão, a autora não comprovou o ganho mensal, devendo ser abatido um terço desse valor para sua sobrevivência, de forma que o cálculo da pensão incida sobre dois terços de sua renda mensal. Ademais, requer seja abatido do valor da pensão, aquele eventualmente pago pelo INSS.

A Ferronorte S.A. - Ferrovias Norte Brasil (p. 1031/1058) aduz, preliminarmente, que deve haver litisconsórcio passivo necessário do condutor do trator, porque responsável pelo acidente. No mérito, argumenta que não está configurada a responsabilidade de indenizar, porque o acidente foi causado por culpa exclusiva do condutor do trator; a responsabilidade no caso é subjetiva, segundo o artigo 17 do Decreto 2681/12 e não foram demonstrados o ato ilícito e o nexo causal; alternativamente, caso seja mantida a condenação, requer que sua responsabilidade seja reconhecida em grau inferior à dos autores e à do condutor do trator; não há prova dos danos estéticos sofridos pelo autor Guilherme Henrique Zeato; quanto à condenação ao pagamento de pensão, não há provas da ocupação da autora na época dos fatos. Além disso, a percepção de aposentadoria por invalidez dispensa a necessidade da pensão; alternativamente, caso mantida a condenação ao pagamento de pensão, requer a fixação de valor razoável, correspondente a um terço dos valores arbitrados, levando-se em conta a culpa concorrente; os juros de mora devem incidir a partir de sua fixação pelo juiz, e não do evento danoso; o arbitramento dos honorários sucumbenciais deve observar as respectivas proporções para as partes, visto que os pedidos formulados pelos autores foram julgados parcialmente procedentes.

O Itaú Seguros S/A (1106/1111) alega que o valor arbitrado a título de compensação por danos morais e estéticos deve ser reduzido, sob risco de ofensa à proporcionalidade e à razoabilidade.

O Bradesco Auto/RE Companhia de Seguros (1115/1140) argumenta que não há responsabilidade de indenizar porque houve culpa exclusiva da vítima e de terceiro; o contrato firmado com a empresa ferroviária exclui, de forma expressa, a cobertura do dano estético ao qual foi condenado solidariamente, seguindo entendimento do Superior Tribunal de Justiça; alternativamente, sustenta que houve excesso no valor compensatório arbitrado, requerendo sua minoração*;* a correção monetária incida desde o arbitramento da indenização; caso seja mantida a sentença, requer seja descontado de sua parte o valor da franquia obrigatória, correspondente a R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Contrarrazões às p. 1187/1190, 1199/1209 e 1212/1220.

Da Fundamentação

Edna Zeato e Guilherme Henrique Zeato ajuizaram demanda em desfavor de Ferronorte S.A. - Ferrovias Norte Brasil, em vista de colisão com uma locomotiva de sua propriedade, que resultou na amputação dos membros inferiores da autora e perda de um dedo do autor, pleiteando compensação por danos morais e estéticos e pagamento de pensão.

A ré contestou (p. 61/94) e requereu a denunciação da lide da seguradora Companhia de Seguros Aliança do Brasil, deferida às p. 173/174. Posteriormente, em razão de chamamento ao processo, foram integradas ao polo passivo a Companhia de Seguros Aliança da Bahia, Unibanco AIG Seguros S/A e Bradesco Auto/RE Companhia de Seguros.

Finda a instrução processual, o magistrado proferiu a sentença de p. 915/926 (integrada pela decisão de p. 946/949), julgando parcialmente procedentes os pedidos iniciais de: a) compensação por danos morais e estéticos no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais) à autora e R$ 5.000,00 (cinco mil reais) ao autor, com juros de mora incidentes desde o evento danoso e correção monetária a partir do arbitramento e b) pagamento de pensão mensal à autora no equivalente a um terço do salário-mínimo, até que complete sessenta anos de idade, desde a data do evento danoso, com correção monetária da data de vencimento das prestações.

Dos recursos de apelação interpostos por Companhia de Seguros Aliança da Bahia (p. 959/979) e Companhia de Seguros Aliança do Brasil (984/1004)

Da preliminar

Argumentam, preliminarmente, que o Instituto de Resseguros do Brasil deve constar como litisconsorte passivo, por expressa previsão no Decreto-Lei n. 73, de 01/11/1966 – artigo 68, § 1º.

Inicialmente, é de se consignar que a hipótese em análise é típica de relação consumerista por equiparação. Isso porque, embora os autores não estivessem a bordo do trem no momento do acidente, foram vitimados pela má prestação de seu serviço, concernente na falta de segurança. São, portanto, os chamados *bystander*, expressão adotada pela doutrina para designar as pessoas atingidas por falhas no produto ou na prestação do serviço, independentemente de serem consumidoras diretas ou não. Esse entendimento tem amparo legal nos artigos 2º, parágrafo único, 17 e 29 do Código de Defesa do Consumidor.

Aplicando esse conceito, o Superior Tribunal de Justiça já condenou uma companhia de trens a indenizar a família de vítima morta em estação ferroviária, por ser atingida por projétil de arma de fogo durante a tentativa de seguranças do local de recuperarem dinheiro roubado.[1]

1 STJ – REsp 1372889/SP, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Data da publicação: 19/10/2015.

E o Código de Defesa do Consumidor dispõe expressamente sobre a impossibilidade de litisconsórcio entre o contratante de seguros e o Instituto de Resseguros do Brasil:

> *Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas:*
>
> *(...)*
>
> *II - o réu que houver contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil. Nesta hipótese, a sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu nos termos do art. 80 do Código de Processo Civil. Se o réu houver sido declarado falido, o síndico será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denunciação da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este.*

A regra legal assume caráter protecionista ao consumidor, visando prestigiar o andamento do processo, porque a instauração da lide secundária entre o segurador e o IRB – Brasil Resseguros S/A traria discussões alheias ao interesse da relação primária, postergando a efetivação da tutela judicial almejada.

Ademais, o artigo 70, inciso III, do Código de Processo Civil de 1973 (correspondente CPC/2015: artigo 125, inciso II), prevê a possibilidade de ação regressiva em face daquele que se obrigou contratualmente com o denunciante. Desse modo, não vislumbro prejudicialidade às coobrigadas.

Da ausência de responsabilidade de indenizar

As apelantes pontuam a ausência de responsabilidade de indenizar, porque a apólice de seguro não prevê a cobertura de danos por acidentes pessoais, além disso o acidente ocorreu por culpa exclusiva do condutor do trator, segundo conclusões do laudo pericial.

Sobre o tema, aquela Corte assim pacificou seu entendimento:

> *CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. CONTRATOS. SEGURO. COBERTURA PARA DANOS CORPORAIS. ALCANCE. LIMITES.*
>
> *1. Ação ajuizada em 31.08.2000. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 20.09.2013.*
>
> *2. Recurso especial em que se discute a cumulatividade dos danos materiais, morais e estéticos, bem como, o alcance, em contratos de seguro, da cobertura por danos corporais.*
>
> *3. É lícita a cumulação das indenizações por dano material, moral e estético. Incidência do enunciado nº 387 da Súmula/STJ.*
>
> *4. A apólice de seguro contra danos corporais pode excluir da cobertura tanto o dano moral quanto o dano estético, desde que o faça de maneira expressa e individualizada para cada uma dessas modalidades de dano extrapatrimonial, sendo descabida a pretensão da seguradora de estender tacitamente a exclusão de cobertura manifestada em relação ao dano moral para o dano estético, ou vice-versa, ante a nítida distinção existente entre as rubricas.*

> *5. Hipótese sob julgamento em que a apólice continha cobertura para danos corporais a terceiros, com exclusão expressa apenas de danos morais, circunstância que obriga a seguradora a indenizar os danos estéticos.*
>
> *6. Recurso especial parcialmente provido.* (REsp 1408908/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ: 19/12/2013)

Analisando o contrato apresentado às p. 221/240, denoto que o trecho referente aos danos discutidos foi pactuado nos seguintes termos:

> *O presente seguro tem por objetivo indenizar o segurado das quantias pelas quais vier a ser responsável civilmente, relativas às reparações por danos corporais, materiais e prejuízos causados involuntariamente a terceiros, causados por sua operação, ocorridos durante a vigência do contrato de seguros e, que decorram de riscos cobertos no mesmo.*
>
> *(...)*
>
> *Definições:*
>
> *Para efeitos deste seguro, entende-se por:*
>
> *(...)*
>
> *b) dano corporal: qualquer dano à capacidade física ou mental (doença, lesão, invalidez ou morte), inclusive a consequente perda de uso de tal capacidade.* (p. 222)

Assim, a apólice prevê, de forma expressa, a cobertura da segurada pelos danos corporais sofridos pelos autores. Ademais, necessário frisar que a cláusula 24, excludente de danos estéticos, apresentada pelo apelante em suas razões (p. 1129), deve ser interpretada no contexto em que foi inserida, qual seja, a cobertura de danos estéticos, atos ou intervenções proibidos por lei, hipótese não abrangida pelo caso versado nos autos.

Outrossim, as provas colacionadas aos autos permitem inferir que a culpa pelo acidente foi concorrente na mesma proporção entre as partes. Embora as vítimas trafegassem de forma irregular em trator conduzido por pessoa inabilitada e haja indícios de imprudência no momento que precedeu o acidente, também a ré não foi plenamente eficaz na manutenção da segurança da passagem de nível. O documento de p. 117/118 evidencia a ocorrência de vários acidentes nas passagens de nível da região em um período de quarenta dias, muito próximos à data do acidente.

Segundo depoimento do engenheiro Wilson da Silva Mendonça (mídia acostada às p. 713), o local não possuía cancela, apenas uma placa sinalizando a passagem de locomotivas naquele trecho. Também não há indícios suficientes de que o maquinista acionou a buzina nos momentos que precederam a colisão, sobretudo considerando-se as informações trazidas no laudo pericial, de que a placa apite, distante 950 metros do cruzamento, encontrava-se parcialmente coberta pela vegetação, fato que possivelmente reduziu sua visibilidade pelo condutor da locomotiva. Ademais, pelas mesmas razões, sequer há indícios de que reduziu a velocidade nos momentos anteriores à colisão, considerando-se que a locomotiva trafegava a 76 km/h (p. 736) antes de iniciar o procedimento de frenagem.

Sendo assim, há que se considerar a culpa concorrente nos autos.

Da pensão

Quanto ao pedido de pensão, argumentam que a autora não comprovou o ganho mensal, devendo ser abatido um terço desse valor para sua sobrevivência, de forma que o cálculo da pensão incida sobre dois terços de sua renda mensal. Ademais, requer seja abatido do valor da pensão, aquele eventualmente pago pelo INSS.

Observo que a autora foi aposentada por invalidez em 23/03/2004 (p. 42). O benefício, embora dispense a carência de doze contribuições mensais anteriores à sua concessão no caso de acidente de qualquer natureza, exige que o aposentado seja segurado à época do evento danoso.

Por essa razão, a concessão de aposentadoria por invalidez à autora dispensa a necessidade de prova sobre atividade remunerada exercida à época dos fatos.

Por outro lado, a aposentadoria por invalidez é direito previdenciário ao qual faz jus o trabalhador, por ostentar a condição de segurado do regime geral. Sua percepção não ilide a responsabilização daquele que causou o dano ao aposentado de complementar sua renda. Sobretudo porque, à época do evento, a autora possuía apenas dezenove anos de idade, com plenas condições de labor e, em vista da conduta da ré, a possibilidade de aumento da renda mensal da aposentada nos dias atuais está limitada à percepção da pensão.

Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> *Esta Corte tem admitido a fixação de benefício previdenciário, conjuntamente com o pensionamento de natureza civil, decorrentes do mesmo evento danoso, porquanto, diversamente do benefício previdenciário, a indenização de cunho civil tem por objetivo não apenas o ressarcimento de ordem econômica, mas, igualmente, o de compensar a vítima pela lesão física causada pelo ato ilícito do agente do Estado, que, no caso, reduziu sua capacidade laboral, em caráter definitivo.* (AgRg no AREsp 531796 / PR, Relatora Ministra Assusete Magalhães, DJ 31/10/2014)

Para fins elucidativos, confiram-se também os precedentes: REsp 712.293/RJ, Relator Ministro Castro Filho, DJ 4/12/2006 e Resp 126.798/MG, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 4/2/2002.

Ademais, as apelantes requerem que o cálculo da pensão incida sobre 2/3 do salário-mínimo, a fim de descontar o que a autora gastaria com despesas pessoais. Entretanto, esse raciocínio apenas se aplica aos casos em que a percepção de pensão decorra de morte da vítima, como exemplificam, inclusive, os precedentes apresentados pelas apelantes em suas razões recursais. Observo que o magistrado se utilizou do critério da culpa concorrente para arbitrar o valor da pensão à autora, fixando o correspondente a 1/3 do salário-mínimo, o qual mantenho.

Do *quantum* compensatório

Alternativamente, as apelantes argumentam que o *quantum* compensatório de R$ 100.000 (cem mil reais) à autora e R$ 5.000,00 (cinco mil reais) ao autor é desproporcional às especificidades do caso concreto, requerendo sua redução.

De fato, o arbitramento do valor indenizatório deve ater-se à proporcionalidade da ofensa sofrida pela parte, assim como às finalidades pedagógica e punitiva da condenação. Além disso, há que se considerar a capacidade econômica do ofensor e ofendido, sob risco de enriquecimento ilícito ou oneração excessiva de uma das partes.

No caso dos autos, sobressai a profundidade do dano sofrido pelos autores, porque os documentos juntados aos autos (p. 34/41) evidenciam que a autora sofreu perda de ambos os membros inferiores e o autor, perda parcial do dedo de uma das mãos.

O Superior Tribunal de Justiça, para casos semelhantes, já arbitrou, a título de compensação por danos morais, valores superiores aos fixados nos autos.

> *Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Acidente. Indenização. Danos moral e estético. Precedentes.*
>
> *1. Possível a cumulação das indenizações por danos moral e estético, se distintas as causas.*
>
> *2. No tocante ao valor do dano moral, sopesados todos os elementos constantes dos autos, dentre eles a natureza gravíssima das lesões sofridas, os traumas psicológicos e limitações físicas decorrentes, bem como a idade da vítima (22 anos), não se pode considerar elevada a indenização fixada.*
>
> *3. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no Ag 469137/RS, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 16/06/2003)

Nesse caso, houve perda dos membros inferiores do autor e o valor arbitrado em 570 (quinhentos e setenta) salários-mínimos foi reputado razoável e mantido pela Corte. Confiram-se, também, os julgados: REsp 604801-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 07/03/2005, REsp 1.189.465-SC, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 09/11/2010 e TJ/MS – Apelação 0031356-88.2009.8.12.0001, Rel. Des. Sideni Soncini Pimentel, DJ 18/08/2016.

Por essas razões, mantenho os valores arbitrados pelo magistrado.

Dos juros moratórios

Argumentam que os juros remuneratórios devem incidir a partir da data do arbitramento da compensação pelo juiz, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

A matéria referente aos juros exige a aplicação da súmula 54, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: "*os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual*".

Na hipótese em análise, a causa de pedir é o acidente ocorrido, por essa razão, patente a ausência de vínculo contratual nos autos, devendo os juros de mora incidir desde 03/08/2003, nos termos arbitrados na sentença.

Do recurso de apelação interposto por Ferronorte S.A. - Ferrovias Norte Brasil (p. 1031/1058)

Da preliminar

A apelante, preliminarmente, aduz que deve haver litisconsórcio passivo necessário do condutor do trator, porque responsável pelo acidente.

De acordo com o artigo 47, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973: "*o litisconsórcio será necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide e modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo*."

O ajuizamento da demanda contra o condutor do trator é mera faculdade legal conferida aos autores, que optaram por não fazê-lo. A integração do contraditório, no caso do condutor do trator, não se sobreporia às provas colacionadas aos autos, as quais permitem concluir que houve culpa concorrente entre as partes.

Não fosse esse o caso, se, no curso da instrução processual, se verificasse que a culpa pelo acidente era de terceiro não integrante da lide, o pedido seria julgado improcedente sem qualquer prejuízo às rés.

Ademais, mesmo na ausência do terceiro condutor do trator, se constatou sua culpa concorrente, a qual incidiu no arbitramento de ambas as verbas condenatórias.

Da responsabilidade

A apelante afirma que está ausente a responsabilidade de indenizar, porque o acidente foi causado por culpa exclusiva do condutor do trator e não há culpa concorrente entre as partes.

A matéria foi analisada no tópico anterior e, pelas mesmas razões é rejeita a tese defensiva.

Também argumenta que a responsabilidade aplicável ao caso é subjetiva, segundo o artigo 17 do Decreto 2681/12 e não foi demonstrado o ato ilícito e o nexo causal.

O disposto no artigo 17 do Decreto 2681/12, citado pela apelante, regulava a responsabilidade civil das estradas de ferro pelos danos causados aos passageiros, mas foi revogado pelo Código Civil de 2002. Dessa forma, o dispositivo aplicável ao caso é o 927, parágrafo único:

> *Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*
>
> *Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.*

Sobre a matéria:

> *Diz-se que quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada para a produção ou distribuição de bens e serviços deve arcar com todos os ônus resultando de qualquer evento danoso inerente ao processo produtivo ou distributivo, inclusive danos causados por empregados ou prepostos. Esse dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como os critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. O fornecedor passa a ser garante dos produtos e serviços que oferece no mercado, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.*[2]

A responsabilidade aplicável ao caso é a objetiva. Isso porque a atividade desenvolvida pela empresa ferroviária é de risco aos transeuntes e, como tal, deve ser considerada objetivamente, como o fez o magistrado.

Alternativamente, caso seja mantida a condenação, requer que sua responsabilidade seja reconhecida em grau inferior à dos autores e do condutor do trator.

Na sentença de p. 915/926, o juiz considerou a culpa concorrente entre autora, condutor do trator e empresa ferroviária na razão de um terço para cada. Ora, se as partes concorreram para o evento danoso na mesma proporção, conforme exposto no tópico anterior, não há cabimento para se considerar desigualmente a cota-parte de responsabilidade de cada uma delas. Portanto, mantenho a sentença também no que concerne a essa matéria.

Da comprovação dos danos estéticos sofridos pelo autor

Alega que não há prova dos danos estéticos sofridos pelo autor Guilherme Henrique Zeato.

2 FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. BRAGA NETTO. Felipe Peixo. **Curso de Direito civil:** responsabilidade civil. v. 3. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 466.

Verifico que os autores apresentaram o laudo de exame de corpo de delito (p. 34/verso), no qual consta a informação de lesão corporal sofrida por ação contundente, comprovando a veracidade dos fatos alegados na inicial. Nas contestações (p. 61/94, 203/220, 286/295, 305/330, 379/394), as rés não rebateram as alegações e documentos juntados aos autos por ocasião da inicial, tornando-se incontroversa a matéria. Analisá-la em grau recursal seria ignorar a preclusão da matéria e, mais ainda, afrontar a coisa julgada.

Da pensão

Quanto à condenação ao pagamento de pensão, argumenta a apelante que não há provas da ocupação da autora na época dos fatos. Além disso, a percepção de aposentadoria por invalidez dispensa a necessidade da pensão. Alternativamente, caso mantida a condenação ao pagamento de pensão, requer a fixação de valor razoável, porque aquele fixado pelo juiz gerará enriquecimento sem causa à autora.

A matéria foi analisada no tópico anterior.

Insta salientar, apenas, que o magistrado considerou a culpa concorrente também no arbitramento da pensão à autora, fixando valor correspondente a um terço do salário-mínimo, razão pela qual descabe o argumento de enriquecimento sem causa.

Dos juros de mora

Também alega a apelante que os juros de mora devem incidir a partir de sua fixação pelo juiz, e não do evento danoso.

A matéria foi analisada no tópico anterior.

Dos honorários sucumbenciais

Os apelantes também alegam que o arbitramento dos honorários sucumbenciais deve observar as respectivas proporções para as partes, visto que os pedidos formulados pelos autores foram julgados parcialmente procedentes.

Verifico, no entanto, que a sucumbência autoral foi mínima, porque procedentes os pedidos iniciais de condenação da ré ao pagamento de compensação por danos morais e materiais (p. 14/15), por essa razão, aplicável ao caso o artigo 86, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Do recurso de apelação interposto por Itaú Seguros S/A (1106/1111)

Do *quantum* compensatório

Alega que o valor arbitrado a título de compensação por danos morais e estéticos deve ser reduzido, sob risco de ofensa à proporcionalidade e razoabilidade.

A matéria foi analisada no tópico anterior e pelos mesmos argumentos expostos, rejeito a tese da recorrente.

Do recurso de apelação interposto por Bradesco Auto/RE Companhia de Seguros (1115/1140)

Da responsabilidade

O apelante aduz que não há responsabilidade de indenizar porque houve culpa exclusiva da vítima e de terceiro. Também argumenta que o contrato firmado com a empresa ferroviária exclui, de forma expressa, a cobertura do dano estético ao qual foi condenado solidariamente, seguindo entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

As matérias foram analisadas no tópico anterior, e, de igual modo, pelos mesmos fundamentos ali expostos, rejeito da tese recursal.

Alternativamente, caso seja mantida a sentença, o apelante requer seja descontado de sua parte o valor da franquia obrigatória, correspondente a R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Entretanto, observo que, em nenhuma de suas manifestações no juízo de 1º grau (p. 379/394, 504/507, 625/626, 775/777 e 861/863), o apelante suscitou a matéria ora pleiteada. Dessa forma, em atenção à preclusão, descabida sua análise em grau recursal.

Do *quantum* compensatório

Alternativamente, o apelante sustenta que houve excesso no valor compensatório arbitrado, requerendo a minoração do *quantum.*

A matéria foi analisada no tópico anterior., cujos argumentos aqui são reiterados para rejeitar a pretensão recursal.

Da correção monetária

Requer que a incidência da correção monetária a partir do arbitramento da indenização.

De fato, segundo entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça: *"a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento."* Observo que esse também foi o raciocínio prestigiado pelo juiz na sentença, razão pela qual não conheço dessa insurgência recursal, para falta de interesse de recorrer.

Do Dispositivo

Ante o exposto, conheço em parte do recurso interposto por Banco Bradesco Auto/RE companhia de seguros e lhe nego provimento, e conheço integralmente dos demais recursos e também lhes nego provimento.

Com fundamento no artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, majoro os honorários sucumbenciais devidos ao patrono da autora, fixando em 15% do valor da condenação.

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. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 25 de janeiro de 2017.

***

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0002110-70.2007.8.12.0016 - Mundo Novo
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – RECURSO DE APELAÇÃO – DECLARATÓRIA E REPARATÓRIA DE DANOS – SERVIDOR PÚBLICO – EXONERAÇÃO – RECEBIMENTO DE INDENIZAÇÃO – SUPOSTO ERRO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – BOA FÉ DO SERVIDOR – INSUSCETIBILIDADE DE REPOSIÇÃO AO ERÁRIO – RESTITUIÇÃO EM DOBRO – AUSÊNCIA DE DEMOSTRAÇÃO DE MÁ-FÉ – DANO MORAL NÃO COMPROVADO – LEGÍTIMO EXERCÍCIO DO PODER-DEVER DA ADMINISTRAÇÃO – RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS – IMPOSSIBILIDADE – DANOS MATERIAIS NÃO CONFIGURADOS.

Conforme o disposto no artigo 117, § 10, da Lei Orgânica do Município de Mundo Novo, os ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança, ou cargo em comissão, bem como os que a lei declarar de livre nomeação e exoneração, quando demitidos ou exonerados pelo Poder Público, exceto quando a bem do serviço público, farão jus à indenização compensatória de um mês de vencimento base por ano de serviço ou fração, não se aplicando essas disposições ao exercente do cargo de Secretário Municipal.

Os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, decorrentes de interpretação errônea ou má aplicação da lei, ou, ainda, erro por parte da Administração Pública, são insuscetíveis de restituição.

É imprescindível, para a condenação ao pagamento em dobro do valor indevidamente cobrado, a demonstração de má-fé do credor.

O mero desconto no vencimento do servidor público não é capaz de ensejar, por si só, compensação por danos morais.

Os honorários advocatícios convencionados entre a parte autora e seu patrono, para o ajuizamento da demanda, não constituem dano passível de indenização.

Recurso de apelação conhecido e parcialmente provido, para reformar a sentença e julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 25 de janeiro de 2017.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Antoninho Melo dos Santos interpõe apelação cível (f. 500/504) contra a sentença (f. 480/486) proferida pelo juízo da 2ª Vara de Mundo Novo que, nos autos da demanda declaratória e de reparação de danos ajuizada contra Fundo de Previdência Social dos Servidores Públicos Municipais de Mundo Novo-MS e Município Mundo Novo, julgou improcedentes os pedidos.

Afirma ter ocupado o cargo de Diretor Administrativo do Fundo de Previdência Municipal, tendo recebido pelo exercício de tal função 01 mês de vencimento base por ano de serviço, totalizando R$ 1.586,75, conforme art. 117, §10º, da Lei Orgânica Municipal. Ocorre que a Resolução n. 002/2006 considerou indevido tal pagamento, por pertencer o autor ao quadro de servidores efetivos do Município de Mundo Novo, tendo sido determinada a devolução da quantia anteriormente paga. O apelante afirma ser devida a remuneração, pois o art. 186 da Lei Complementar 001/90 excluiu da incidência da norma apenas o Secretário Municipal, o que não é o caso dos autos. Pretende a reforma da sentença, a fim de que sejam julgados procedentes os pedidos de declaração de ilegalidade dos descontos efetuados na sua remuneração e condenação do réu à restituição dos valores, bem como compensação por danos morais.

O apelado deixou transcorrer o prazo sem apresentar contrarrazões (f. 507).

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Introdução

Antoninho Melo dos Santos interpõe recurso de apelação contra a sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara de Mundo Novo que, nos autos da demanda declaratória e de reparação de danos ajuizada contra Fundo de Previdência Social dos Servidores Públicos Municipais de Mundo Novo-MS e Município Mundo Novo, julgou improcedentes os pedidos.

Afirma ter ocupado o cargo de Diretor Administrativo do Fundo de Previdência Municipal, tendo recebido pelo exercício de tal função 01 mês de vencimento base por ano de serviço, totalizando R$ 1.586,75, conforme art. 117, §10º, da Lei Orgânica Municipal. Ocorre que a Resolução n. 002/2006 considerou indevido tal pagamento, por pertencer o autor ao quadro de servidores efetivos do Município de Mundo Novo, tendo sido determinada a devolução da quantia anteriormente paga. O apelante afirma ser devida a remuneração, pois o art. 186 da Lei Complementar 001/90 excluiu da incidência da norma apenas o Secretário Municipal, o que não é o caso dos autos. Pretende a reforma da sentença, a fim de que sejam julgados procedentes os pedidos de declaração de ilegalidade dos descontos efetuados na sua remuneração e condenação do réu à restituição dos valores, bem como compensação por danos morais.

Fundamentação

Indenização compensatória disposta na Lei Orgânica do Município de Mundo Novo

Nos casos de demissão ou exoneração dos ocupantes de cargo, funções e empregos de confiança, ou cargo em comissão, além dos que a lei declarasse de livre nomeação e exoneração, o artigo 117, § 2º, XVII, da Lei Orgânica do Município de Mundo Novo designava a eles o recebimento de uma indenização compensatória nos seguintes termos:

> *Art. 117. § 2º. Ficam garantidos aos servidores municipais os direitos seguintes:*
>
> *(...)*
>
> *XVII – Os ocupantes de cargo, funções e empregos de confiança, ou cargo em comissão, bem como, os que a lei declarar de livre nomeação e exoneração, quando demitidos ou exonerados pelo poder público, fará jus a indenização compensatória proporcional ao tempo de serviço, à razão de um mês de remuneração por ano de serviço.*

O artigo 186 da Lei complementar 001/90, por sua vez, complementava o referido artigo, estabelecendo que, nos termos do 117, §2º, XVII, da Lei Orgânica Municipal, quando ocorresse a exoneração ou dispensa de ocupante de cargo em comissão e não sendo o titular ocupante de cargo efetivo do quadro de permanente da prefeitura municipal, ser-lhe-ia concedida indenização compensatória proporcional ao tempo de serviço.

Posteriormente, a emenda à lei orgânica municipal nº 11 suprimiu os incisos constantes no § 2º do artigo 117 da Lei Orgânica Municipal, o qual passou a contar com esta redação:

> *Art. 117. § 2º.O município manterá escola de governo para formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos com outros municípios, com a união ou com o estado.*

Apesar disso, o artigo 186 da Lei complementar 001/90 não sofreu nenhuma alteração.

Assim, considerando o disposto no artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro[1], diante da supressão dos incisos do artigo 117 da Lei Orgânica do Município de Mundo Novo, o artigo 186 da Lei complementar 001/90, que tratava especificamente de um deles, perdeu seu objeto de sua aplicação e, por conseguinte, sua eficácia. Logo, tal dispositivo encontra-se revogado.

Posteriormente, houve uma nova emenda à Lei Orgânica do Município de Mundo Novo em 1999 (emenda 012), que acrescentou o § 10 no artigo 117, segundo o qual os ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança, ou cargo em comissão, bem como os que a lei declarar de livre nomeação e exoneração, quando demitidos ou exonerados pelo Poder Público, exceto quando a bem do serviço público, farão jus a indenização compensatória de um mês de vencimento base por ano de serviço ou fração, não se aplicando essas disposições ao exercente do cargo de Secretário Municipal.

Ou seja, ao contrário do disposto na sentença, os ocupantes de cargos, funções e empregos de confiança, ou cargo em comissão, bem como os que a lei declarar de livre nomeação e exoneração, independentemente de integrarem ou não o quadro de servidores efetivos da Administração, fazem jus ao recebimento da indenização do artigo 117, § 10, da Lei Orgânica do Município de Mundo Novo.

Por isso, tendo em vista que o autor ocupava a função de Diretor Administrativo do Fundo de Previdência Municipal, ele faz jus ao recebimento da indenização disposta no referido artigo.

Mas, mesmo se assim não fosse, não é cabível a restituição de valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea interpretação ou má aplicação da lei, ou, ainda, erro por parte da Administração Pública.

Isso porque o Poder Público foi o responsável pelo pagamento que, posteriormente, entendeu ser indevido; o servidor não deu causa e, em razão disso, não pode arcar com o ônus pelo erro da Administração Pública. A propósito, confira-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

1 Art. 2º. § 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

> *ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ART.46, CAPUT, DA LEI N.8.112/90 VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. BOA-FÉ DO ADMINISTRADO. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO543-C DO CPC.1. A discussão dos autos visa definir a possibilidade de devolução ao erário dos valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, quando pagos indevidamente pela Administração Pública, em função de interpretação equivocada de lei. 2. O art.46, caput, da Lei n.8.112/90 deve ser interpretado com alguns temperamentos, mormente em decorrência de princípios gerais do direito, como a boa-fé. 3. Com base nisso, quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público. 4. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-Cdo CPC e da Resolução 8/STJ. 5. Recurso especial não provido.* (STJ - REsp n. 1.244.182/PB - Rel. Min. Benedito Gonçalves - DJe de 19.10.2012)

Quanto a restituição dos valores já descontados, o recorrente pretende recebê-los em dobro, em conformidade com o disposto no artigo 940 do Código Civil[2].

No entanto, não se aplica o referido artigo na hipótese, pois para condenação ao pagamento em dobro do valor indevidamente cobrado, é imprescindível a comprovação da má-fé do credor[3], ônus do qual o autor não se desincumbiu (artigo 373, I, do Código de Processo Civil).

Portanto, os valores já descontados do vencimento do autor devem ser restituídos na forma simples.

Dano moral

O mero desconto nos vencimentos do servidor público, mesmo se indevido, não é capaz, por si só, de ensejar compensação por danos morais. É necessário a comprovação da efetiva lesão na esfera pessoal do autor. Nesse sentido:

> *APELAÇÃO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – Autora que se volta contra descontos levados a efeito pela SPPREV em sua pensão, decorrentes de pagamento a maior feito por erro administrativo – Pretensão à reparação pelos danos materiais e morais – Sentença de improcedência pronunciada em Primeiro Grau – Decisório que merece parcial reforma - Ainda que se verifique não ter havido redução ilícita da pensão da autora ou abuso da Administração Pública, não pode esta realizar, sem processo administrativo ou sem comunicação à pensionista, descontos a título de reembolso pelo pagamento indevido - Valores recebidos de boa-fé e que detêm nítido caráter alimentar – Erro da Administração para o qual não deu causa a demandante – Precedentes do E. STJ e desta Corte – Tal erro, entretanto, não dá ensejo à reparação por danos morais, vez que não comprovada a sua ligação com os infortúnios que advieram à requerente – Recurso parcialmente provido.* (APL 10115898520148260032 SP 1011589-85.2014.8.26.0032, 8ª Câmara de Direito Público, Publicação: 22/09/2015, Julgamento: 16/09/2015, Relator: Ministro Rubens Rihl)

Contudo, o autor não provou o suposto dano moral suportado, ônus que lhe competia, nos termos do artigo 373, I, do Código de Processo Civil. Além disso, o ente público, embora equivocado nesse caso, agiu no legítimo exercício do poder-dever de observância à legalidade.

2 Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressalvar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição.

3 PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇAO. REPETIÇAO EM DOBRO DE INDÉBITO. ART. 1.531DO CÓDIGO CIVIL/1916. POSSIBILIDADE DE REQUERIMENTO EM SEDE DE EMBARGOS. 1. A condenação ao pagamento em dobro do valor indevidamente cobrado (Art. 1.531do Código Civil de 1916) prescinde de reconvenção ou propositura de ação própria, podendo ser formulado em qualquer via processual, sendo imprescindível a demonstração de má-fé do credor. Precedentes. 2. Recurso especial provido. (STJ - REsp 1005939 SC 2007/0267417-4, Relator; Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 09/10/2012, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 31/10/2012)

Assim, ante a ausência de comprovação dos danos morais sofridos, o autor não faz jus à compensação pretendida.

Dano material

Os honorários advocatícios convencionados entre a parte e seu patrono para o ajuizamento da demanda não constituem dano material passível de indenização.

Isso porque os honorários contratuais tratam-se de livre pactuação entre a parte litigante e o seu respectivo advogado, decorrentes de contrato particular, sem que a parte adversa tenha dela participado, razão pela qual não pode ser compelida a arcar com a referida verba. Nesse sentido:

> *Os honorários advocatícios contratuais, porque decorrentes de avença estritamente particular, não podem ser ressarcidos pela parte sucumbente, já que esta não participou do ajuste* (RDDP 53/146: TJDFT, EI 2001.01.1.037334-7)[4]

Ademais, ao proferir seu voto-vista no REsp 1.027.797/MG, a Min. Nancy Andrighi, afirmou que:

> *(...) a expressão honorários de advogado, utilizada nos arts. 389, 395 e 404 do CC/02, deve ser interpretada de forma a excluir os honorários contratuais relativos à atuação em juízo, já que a esfera judicial possui mecanismo próprio de responsabilização daquele que, não obstante esteja no exercício legal de um direito (de ação ou de defesa), resulta vencido, obrigando-o ao pagamento dos honorários sucumbenciais.*
>
> *Vale dizer, o termo honorários de advogado contido nos mencionados dispositivos legais compreende apenas os honorários contratuais eventualmente pagos a advogado para a adoção de providências extrajudiciais decorrentes do descumprimento da obrigação, objetivando o recebimento amigável da dívida.*
>
> *Sendo necessário o ingresso em juízo, fica o credor autorizado a pleitear do devedor, já na petição inicial, indenização por esses honorários contratuais – pagos ao advogado para negociação e cobrança extrajudicial do débito – mas, pelos motivos acima expostos, não terá direito ao reembolso da verba honorária paga para a adoção das medidas judiciais.*

Assim, não é cabível condenar os réus na indenização dos honorários convencionados entre o autor e seu advogado. A propósito, confira-se o entendimento de outros Tribunais:

> *APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO CUMULADA COM PEDIDO DE RESSARCIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO CONFIGURADA. HAVENDO COBRANÇA IRREGULAR DE SERVIÇOS QUE NÃO FORAM CONTRATADOS, VIÁVEL A RESTITUIÇÃO, EM DOBRO, DOS VALORES PAGOS. INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DO DISPOSTO NO ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC.* ***HONORÁRIOS CONTRATUAIS DE ADVOGADO PARTICULAR. PEDIDO DE RESSARCIMENTO. OS HONORÁRIOS CONVENCIONADOS ENTRE A PARTE AUTORA E O SEU PROCURADOR PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO NÃO CARACTERIZAM DANO MATERIAL A SER INDENIZADO. IMPOSSIBILIDADE.*** *REDISTRIBUÍDOS OS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. UNÂNIME APELO PROVIDO EM PARTE.* (TJ-RS - AC: 70067757963 RS, Relator: Katia Elenise Oliveira da Silva, Data de Julgamento: 17/02/2016, Décima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 24/02/2016) – g.n.

4 NEGRÃO, Theotonio. **Código Civil e Legislação Civil em vigor**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Comentários ao artigo 389 do Código Civil, nota 6, pág. 199.

> *AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. SENTENÇA MANTIDA. APELO IMPROVIDO. Os honorários advocatícios contratuais, porque decorrentes de negócio estritamente particular, não podem ser ressarcidos pela parte contrária, já que esta não participou do ajuste.* (TJ-SP - APL: 40001486520138260590 SP 4000148-65.2013.8.26.0590, Relator: Mendes Gomes, Data de Julgamento: 18/11/2013, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/11/2013)

Não fosse o suficiente, a parte autora não comprovou a realização do pagamento ao seu patrono, conforme o disposto no artigo 373, I, do Código de Processo Civil.

Logo, não há dano material a ser indenizado.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço e dou parcial provimento ao recurso de apelação interposto por Antoninho Melo dos Santos, para reformar a sentença e julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, de modo a declarar legal e devido o recebimento, pelo autor, da verba indenizatória disposta no artigo 117, § 10, da Lei Orgânica do Município de Mundo Novo. Como consequência, condeno a ré ao ressarcimento dos valores descontados do vencimento do autor, na forma simples, corrigidos monetariamente pelo IPCA desde a data de cada desconto efetuado, bem como juros de mora a partir da citação.

De outro modo, julgo improcedentes os pedidos de indenização por danos materiais e compensação por danos morais.

Diante do provimento parcial do recurso, condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios fixados em 15% do valor da condenação, nos termos do artigo 85, § 4º, I, do Código de Processo Civil. Condeno, ainda, o autor ao pagamento de metade das custas processuais, além de honorários advocatícios no valor de 1.500,00 (mil e quinhentos reais), em conformidade com o prescrito no artigo 85, § 8º, do mesmo diploma legal acima mencionado.

Deixo de condenar o réu ao pagamento das custas processuais, em razão do disposto no artigo 4º, I, da Lei 9.289/96[5].

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. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 25 de janeiro de 2017.

***

5 Art. 4° São isentos de pagamento de custas:
I - a União, os Estados, os Municípios, os Territórios Federais, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações;

2ª Câmara Cível
Apelação nº 0038281-95.2012.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Vilson Bertelli

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – REPARAÇÃO – DANOS MORAIS E MATERIAIS – INFECÇÃO HOSPITALAR – PACIENTE DEU ENTRADA NO HOSPITAL EM ESTADO GRAVE E EVOLUIU A ÓBITO – AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A MORTE E A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MÉDICO – INFECÇÃO PREEXISTENTE – NÃO FOI SUBMETIDO A CIRURGIA LIMPA – HOSPITAL COM COMISSÃO DE CONTROLE DE INFECÇÃO – TESE DA PERDA DE UMA CHANCE – INAPLICABILIDADE – CHANCE CONCRETA DE CURA NÃO DEMONSTRADA.

Não há nexo de causalidade entre o atendimento médico prestado e a morte do paciente, tendo em vista que este deu entrada no hospital em estado grave e com quadro infeccioso instalado. Desse modo, impossível afirmar que a infecção bacteriana contraída no hospital tenha sido a causa determinante do óbito.

O paciente não foi submetido a cirurgia limpa, fundamento usado para dar suporte às demandas indenizatórias por infecção hospitalar, pois se encontrava com infecção preexistente.

O hospital não deixou de oferecer um ambiente seguro e higienizado, a fim de resguardar o paciente de contrair infecção. O hospital conta com comissão de controle de infecção, além de ter melhorado sua conceituação nos relatórios da vigilância sanitária.

Não há prova de que o paciente teria sobrevivido, caso não fosse acometido por infecção hospitalar. O estado de saúde era considerado grave e, de acordo com o laudo pericial, não havia como assegurar que a moléstia não evoluiria, mesmo diante do tratamento adequado.

Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 15 de março de 2017.

Des. Vilson Bertelli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vilson Bertelli.

Maria José Santana, Gabriel Santana de Jesuz, Letícia Maria Santana Fredo Matozo de Freitas, Janaína Santana Werkauser e Juliana Santana de Jesuz interpõem recurso de apelação (f. 2.185/2.196)

contra sentença (f. 2.165/2.181) de improcedência dos pedidos formulados em demanda de reparação por danos morais e materiais ajuizada em face de Associação Beneficente de Campo Grande – Santa Casa.

Os apelantes sustentam a responsabilidade da ré para reparar os danos morais e materiais decorrentes do falecimento de Jucelino Barbosa de Jesuz, porque este teria contraído infecções bacterianas na unidade hospitalar, as quais resultaram na piora do quadro clínico apresentado e, por conseguinte, no óbito.

Alegam que a ré manteve-se inerte ao não ter resguardado o paciente de contrair novas infecções, pois ele teria adquirido as infecções causadas pelas bactérias *acinectobacter baumanni* e *pseudomonas aeruginosa* após os procedimentos desenvolvidos pela equipe médica responsável por seus cuidados.

Pretendem a aplicação da teoria da perda de uma chance, caso não se verifique a existência do nexo de causalidade, uma vez que o hospital teria ceifado a oportunidade do paciente de se recuperar de forma satisfatória da doença que motivou a internação, artrite e fasciste necrotizante no joelho esquerdo.

VOTO

O Sr. Des. Vilson Bertelli. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação (f. 2.185/2.196) interposto por Maria José Santana, Gabriel Santana de Jesuz, Letícia Maria Santana Fredo Matozo de Freitas, Janaína Santana Werkauser e Juliana Santana de Jesuz contra sentença (f. 2.165/2.181) de improcedência dos pedidos formulados em demanda de reparação por danos morais e materiais ajuizada em face de Associação Beneficente de Campo Grande – Santa Casa.

Introdução

Jucelino Barbosa de Jesuz, companheiro de Maria José Santana e pai de Gabriel Santana de Jesuz, Letícia Maria Santana Fredo Matozo de Freitas, Janaína Santana Werkauser e Juliana Santana de Jesuz, foi internado na Santa Casa de Campo Grande no dia 02/10/2010, em razão de uma artrite e fasciste necrotizante em seu joelho esquerdo.

De acordo com a inicial, Jucelino foi submetido a uma cirurgia para a limpeza do local no dia da internação. Posteriormente, o membro operado apresentou bolhas de aspecto assustador e o estado de saúde do paciente se agravou, porque ele teria sido contaminado por bactérias no ambiente hospitalar, as quais teriam desencadeado uma série de deteriorações, levando-o a óbito.

Fundamentação

Os apelantes sustentam a responsabilidade da ré para reparar os danos morais e materiais decorrentes do falecimento de Jucelino Barbosa de Jesuz, pois este contraiu infecções bacterianas na unidade hospitalar, as quais resultaram na piora do quadro clínico apresentado e, por conseguinte, no seu falecimento.

Afirmam a comprovação do nexo de causalidade entre o atendimento prestado pelo hospital e a morte do paciente, visto que as bactérias foram contraídas nas dependências do estabelecimento de saúde e foram determinantes para o óbito.

Alegam que a ré manteve-se inerte, ao não ter resguardado o paciente de contrair novas infecções. Ele teria adquirido as infecções causadas pelas bactérias *acinectobacter baumanni* e *pseudomonas aeruginosa* após os procedimentos desenvolvidos pela equipe médica responsável por seus cuidados.

Pretendem a aplicação da teoria da perda de uma chance, caso não se verifique a existência do nexo de causalidade, uma vez que o hospital teria ceifado a oportunidade do paciente de se recuperar de forma satisfatória da doença que motivou a internação, artrite e fasciste necrotizante no joelho esquerdo.

Neste caso, a análise do conjunto probatório acostado aos autos de processo é essencial para apurar se houve deficiência na prestação do serviço médico por parte do hospital, o qual, na visão dos apelantes, deixou de proporcionar um ambiente seguro e higienizado ao paciente, que evoluiu a óbito por ter contraído infecção hospitalar.

No laudo para solicitação de autorização de internação hospitalar (f. 45), consta que Jucelino Barbosa de Jesuz deu entrada na Associação Beneficente de Campo Grande – Santa Casa, apresentando grave artrite séptica e fasciste necrotizante no joelho esquerdo, no dia 02/10/2010, sendo necessária uma intervenção cirúrgica no mesmo dia (f. 46). Também foram realizados outros procedimentos cirúrgicos, operações descritas como "*curativo sob anestesia*" (f. 49/65, 122/130 e 133/136), "*cateterização com catéter duplo*" (f. 131/132), "*traqueostomia a beira do leito*" (f. 139) e "*cateterização de artéria femoral direita para monitorização de PAM*" (f. 140).

Às f. 38, 193, 194, 195, 196 e 201, vê-se a constatação da bactéria *pseudomonas aeruginosa*, sensível a maior parte dos antibióticos, de acordo com o antibiograma, exame capaz de verificar quais antibióticos são ativos contra o germe. Já à f. 204, tem-se a constatação do microrganismo *acinetobacter baumanii*, resistente a todos os antibióticos definidos no antibiograma.

Os apelantes juntaram duas notícias jornalísticas (f. 310/314), das quais é possível extrair o seguinte:

> *(...) A Vigilância encaminhou relatórios das inspeções feitas em hospitais em* ***2009*** *e a conclusão da promotoria é de que é preciso melhorias para que a situação não chegue ao nível mais crítico. (...)*
>
> *(...) Apesar das irregularidades, a promotora afirma que as unidades de saúde têm melhorado e que na maioria dos hospitais* ***os problemas não são em todos os setores: 'Todos têm melhorado'****. (...)*
>
> *(...) Após repassar informações ao MPE, os hospitais terão novo prazo para se adequarem: '****Muitos já podem ter se regularizado****', fala a promotora de Saúde Pública. (...).*
>
> *(...)* ***Foram considerados 'insatisfatórios' o controle de infecção hospitalar*** *nas seguintes unidades: Maternidade Cândido Mariano,* ***Santa Casa de Campo Grande****, Hospital Universitário, Clínica Campo Grande, Proncor, Hospital Infantil São Lucas, Hospital da Criança, Hospital da Mulher, Miguel Couto, El Kadri e Adventista do Pênfigo. (...)* – grifou-se.

O manual de normas e rotinas do Serviço de Controle de Infecção Hospitalar (SCIH) e Investigação e Controle de Surtos da Santa Casa de agosto de 2012 (f. 1.781/1.789) informa que tal comissão tem o objetivo de:

> *Atuar incisiva e sistematicamente de forma a dar uma resposta rápida ao surgimento de surtos epidêmicos, instituindo medidas de controle de infecção. Diferenciar um pseudo-surto de um surto através da investigação epidemiológica. Identificar na comunidade hospitalar o agente etiológico, ambiente, reservatórios potenciais dos agentes, fatores que o tornam hospedeiro susceptível e os modos de transmissão, visando interferir nos fatores mais relevantes para a ocorrência de infecção. Conscientizar o profissional que presta assistência direta aos pacientes sobre as possíveis mudanças de sinais e sintomas do paciente que possam significar possibilidade de infecção hospitalar.*

O relatório de inspeção n. 79/2012 (f. 1.790/1.794) da Vigilância Sanitária Estadual, de 1º/08/2012, concluiu que a situação da Santa Casa de Campo Grande era satisfatória com obrigações a cumprir.

Do laudo pericial (f. 2.083/2.088) importa destacar:

> *(...)* ***O paciente já deu entrada no hospital com um quadro de infecção bacteriana grave****, artrite séptica de joelho- pós-trauma (fl.44), e que* ***necessitou procedimentos invasivos múltiplos que podem ter contribuído como fator de risco para o desenvolvimento de infecção hospitalar****. A bactéria Acinectobacter baumanni identificada na secreção da coxa e membro inferior direito (fl. 30-31) nas datas 15 e 28/10/10, pode ser agente de infecção hospitalar.*
>
> *(...)*
>
> *A bactéria Acinectobacter baumanni foi identificada na cultura de secreção do material da lesão do paciente, a bactéria Pseudomonas aeruginosa foi identificada em secreção traqueal e ponta de cateter, data 14.11.10, 01.11 (fl. 37-192) e não tem relação com a infecção do paciente. Pode ser considerada colonizante.* ***Elas são potencialmente danosas como qualquer bactéria hospitalar ou comunitária, e o dano sempre dependerá das condições clínicas do paciente, dos procedimentos realizados, e tempo de internação hospitalar****.*
>
> *(...)*
>
> ***A fascite necrotizante é uma infecção grave*** *de partes moles,* ***causada por bactérias*** *produtoras de toxinas. É caracterizada por necrose ampla de tecido celular subcutâneo e fáscias que avança rapidamente com extensão superficial comprometendo secundariamente a pele.* ***É considerada doença de extrema gravidade.***
>
> *(...)*
>
> *Pode-se dizer que apesar do tratamento adequado a evolução pode ser desfavorável em decorrência da gravidade do quadro? Sim,* ***embora se realize um tratamento adequado, não há como se assegurar que a moléstia não vá evoluir****.*
>
> *(...)*
>
> *As pessoas apresentam uma barreira natural de proteção que é a pele, a fim de evitar que os microrganismos possam transformar sua presença local em doenças.*
>
> *Neste caso,* ***o Sr. Jucelino já deu entrada no Hospital com esta barreira de proteção comprometida pela infecção bacteriana e o trauma previamente sofrido no local****.*
>
> *Na hospitalização, em virtude da* ***realização de diversos procedimentos cirúrgicos, curativos, cateteres e sondas, estes podem ter contribuído para que o mesmo fosse acometido por bactéria Acinectobacter baumanni*** *e estar colonizado por outras bactérias do ambiente hospitalar, como qualquer outro paciente em seu caso estaria sujeito.*
>
> *A bactéria Pseudomonas aeruginosa é um patógeno que pode tanto colonizar, ou seja, estar presente sem expressão clínica, como ser a causa de infecções.*
>
> ***A maioria das infecções hospitalares manifesta-se como complicações naturais de pacientes gravemente enfermos****, decorrente de um desequilíbrio entre seus mecanismos de defesa e a flora bacteriana.* ***Este desequilíbrio é provocado por determinadas doenças responsáveis pela hospitalização do paciente e procedimentos invasivos.*** *Consequentemente algumas doenças hospitalares são evitáveis, outras não.*

> *Por fim, os fatos apresentados nos autos são bastante esclarecedores no sentido de que o Sr. Jucelino deu entrada no hospital apresentando uma infecção grave e embora tenham sido realizados todos os procedimentos de praxe do atendimento médico hospitalar, teve um prognóstico ruim e evolui para o óbito.* (grifou-se)

Em outra oportunidade (f. 2.105/2.107), a perita esclareceu:

> *(...)* ***O Sr. Jucelino contraiu sim infecção hospitalar e o fato dele já ter sido admitido no Hospital com quadro infeccioso grave não o deixou imune a outros tipos de infecção****, muito pelo contrário. (...).*
>
> *No momento da hospitalização já havia quadro infecioso, sendo que conforme literatura médica, o principal agente deste tipo de infecção adquirida na comunidade é associada à bactéria S. aureus. Não há registro nos autos se esta identificação etiológica foi realizada no momento da internação. O fato é que* **após procedimento cirúrgico houve piora do quadro infeccioso com agravamento da lesão***. Logo, está de acordo com a definição de infecção hospitalar já descrita.*
>
> *Quanto ao questionamento da bactéria Acinectobacter baumanni, poder ou não, ser agente de infecção em ambiente hospitalar, reafirmo que está e potencialmente danosa, mas não é exclusiva de ambiente hospitalar.* **São bactérias de vida livre, amplamente distribuídas na natureza, podendo ser isoladas em objetos inanimados presentes em praticamente 100% de amostras de solo e água, transmitidos pelo contato direto e indireto com estas fontes e possivelmente por via aérea***. É encontrada na pele de até 25% das pessoas sadias, albergando a cavidade oral de 7% destas, aumentando em pacientes hospitalizados e profissionais de saúde. É observada em escarro, urina, fezes, conjuntiva, secreção vaginal e sitio de traqueostomia.*
>
> ***São germes oportunistas, necessitando de falha do sistema imune normal para causar infecção. Os principais fatores de risco são uso prévio de antibióticos, cirurgia, trauma, internação prolongada em terapia intensiva, entre outros****. (...).* (grifou-se)

Com base nos documentos apresentados e acima transcritos, é possível inferir a inexistência do nexo de causalidade entre o atendimento prestado pelo hospital e a morte do paciente.

Ainda que Jucelino Barbosa de Jesuz tenha contraído infecção hospitalar, não há como afirmar que esta tenha sido a causa determinante do óbito, pois o paciente já deu entrada na unidade hospitalar em estado grave, diante de uma infecção preexistente.

Como ficou explicitado, os procedimentos invasivos podem ter contribuído para o desenvolvimento da infecção hospitalar, porém não há como assegurar que as duas bactérias citadas pelos autores (*acinectobacter baumanni* e *pseudomonas aeruginosa*) tenham influenciado de forma significativa na piora do quadro clínico e, consequentemente, na morte do familiar dos apelantes, até porque, conforme mencionado pela perita, o dano causado pelas bactérias depende das condições clínicas do paciente, dos procedimentos realizados e do tempo de internação.

As condições clínicas do paciente eram consideradas de alta gravidade Ele já estava acometido por infecção, além de apresentar diversos dos fatores de risco citados no laudo pericial para adquirir novas infecções, como a pele comprometida por infecção prévia, uso de antibióticos, trauma no local lesionado e internação prolongada.

Ademais, Miguel Kfouri Neto[1] observa que nas demandas indenizatórias originadas por infecção hospitalar, os pacientes argumentam que se submeteram a cirurgias limpas, aquelas realizadas em tecidos

1 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico.** 6. ed. rev., atual e ampl. com novas especialidades: implantodontia, oftalmologia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 154.

estéreis ou passíveis de descontaminação, na ausência de processo infeccioso e inflamatório local ou falhas técnicas grosseiras, cirurgias eletivas com cicatrização de primeira intenção e sem drenagem aberta e cirurgias que não ocorrem penetrações nos tratos digestivo, respiratório ou urinário, e o processo infeccioso se instala depois da internação, diferente do presente caso, uma vez que o paciente já se encontrava com infecção instalada e foi submetido a procedimento cirúrgico no trato respiratório (traqueostomia).

Por outro lado, também não ficou comprovado que o hospital deixou de proporcionar um ambiente seguro e higienizado, a fim de resguardar o paciente de adquirir nova infecção.

A notícia jornalística anteriormente mencionada, mostra o resultado dos relatórios de inspeção da Vigilância Sanitária estadual nos hospitais da capital, no ano de 2009, entre eles a Santa Casa, a qual recebeu conceito "insatisfatório" para o controle de infecção hospitalar. Já em 2012, o relatório da Vigilância Sanitária apontou que a Santa Casa tinha passado para a condição "satisfatória com obrigações a cumprir".

Ou seja, é evidente o empenho do hospital para a redução do índice de infecção hospitalar, tendo alterado de forma significativa a conceituação nos relatórios de inspeção sanitária, além de contar com comissão de controle de infecção hospitalar.

Humberto Theodoro Júnior[2] ressalta que, em litígios sobre o assunto tratado nestes autos de processo, deve haver pesquisa probatória em torno das práticas adotadas pelo hospital para o controle de desinfecção, assim *"se há diligências constantes nesse sentido, não há culpa do estabelecimento"*.

Portanto, de acordo com as provas apresentadas, não se verifica a alegada omissão do apelado, consistente em deixar de tomar medidas necessárias para diminuir os casos de infecção em suas dependências.

Por fim, também não merece prosperar a aplicação da teoria da perda de uma chance. Os apelantes afirmam que o hospital ceifou a oportunidade do paciente de se recuperar de modo satisfatório da doença que o levou a internação, porque a apelada poderia ter evitado o óbito se agisse na forma dos protocolos de higienização, a fim de propiciar um ambiente livre de infecção.

Miguel Kfouri Neto[3] leciona que o risco de infecção é inerente ao ato cirúrgico e que não existe índice de infecção zero, por melhor que seja a desinfecção, alguns germes persistem.

Logo, seria impossível para o hospital oferecer ao paciente um ambiente livre de infecção. Cabia ao apelado, desse modo, promover medidas para controlar e diminuir os índices de infecção, o que era feito, conforme exposto acima.

Também não há qualquer indício de que o paciente teria se recuperado prontamente da doença que motivou a internação, caso não tivesse adquirido infecção hospitalar. Conforme acima referido, ele já deu entrada no hospital em estado grave e, de acordo com o laudo pericial, não há como assegurar que a moléstia não evoluiria, mesmo diante do tratamento adequado.

Assim, ausente a prova de que o paciente tinha uma chance concreta de cura, caso não tivesse adquirido infecção, não há motivo para condenar o hospital ao pagamento de qualquer compensação.

Dispositivo

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação interposto por Maria José Santana, Gabriel Santana de Jesus, Letícia Maria Santana Fredo Matozo de Freitas, Janaína Santana Werkauser e Juliana Santana de Jesus e nego-lhe provimento.

2 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 93.

3 KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico.** 6. ed. rev., atual e ampl. com novas especialidades: implantodontia, oftalmologia, ortopedia, otorrinolaringologia e psiquiatria. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 150.

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. Vilson Bertelli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vilson Bertelli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vilson Bertelli, Des. Paulo Alberto de Oliveira e Des. Alexandre Bastos.

Campo Grande, 15 de março de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação nº 0803046-03.2014.8.12.0021 - Três Lagoas
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – POLICIAIS – PROVAS – PRISÃO REGULAR – ATO PRATICADO PELO AUTOR NÃO CONDIZENTE COM O LOCAL PÚBLICO – PUBLICAÇÃO DE REPORTAGEM JORNALÍSTICA – AUSÊNCIA DE INTUITO DIFAMATÓRIO – AUSÊNCIA DO REQUISITO CULPA EM QUALQUER MODALIDADE – INTENÇÃO DE NARRAR E INFORMAR – MANIFESTAÇÃO – REDE SOCIAL – AUSÊNCIA DE DANO – MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS – ART. 85, § 11, DO CPC/2015 – RECURSO DO AUTOR CONHECIDO E DESPROVIDO E RECURSO DO RÉU CONHECIDO E PROVIDO.

Observado pelas provas constantes dos autos que a prisão do autor deu-se em virtude de, juntamente com um menor, estar praticando ato não condizente com local público em que se encontravam, não há falar em indenização pela Administração Pública, já que seus agentes agiram no estrito dever legal.

Conquanto o direito à imagem seja constitucionalmente protegido, este não possui caráter absoluto, sendo que para que exista dever de indenizar, deve ser demonstrada a culpa, o dano, o nexo causal e a prática do ato ilícito.

Se, no caso, a matéria não teve qualquer *animus diffamandi* (intenção difamatória), mas apenas o *animus narrandi* (intenção de informar e de narrar), não se verifica a presença da culpa, devendo ser mantido o decreto de improcedência do pedido formulado na inicial com relação às empresas jornalísticas.

A manifestação do réu, em sua rede social, no sentido de ignorar o que poderia ocorrer com o autor, tendo em vista a sua conduta contrária aos bons costumes, não dá ensejo a qualquer indenização a título de danos morais, já que não se mostra evidente a ofensa à honra daquele.

O Tribunal majorará os honorários advocatícios ao julgar o recurso, nos termos do art. 85, §11, do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso de Saulo Barbosa Guilherme e dar provimento ao apelo de Igor Chagas, nos termos do voto do Relator.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2017.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Trata-se de apelações cíveis interpostas por Igor Chagas e Saulo Barbosa Guilherme em face da sentença prolatada pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, que julgou:

> *Parcialmente procedente a presente demanda, condenando o requerido Igor Chagas na indenização por danos morais, arbitrados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), atualizados monetariamente pelo IGPM a partir da sentença, além dos juros de mora de 1% ao mês (art. 46 do C.C/2002 c/c art. 161, § 1º, do CTN e Súmula 362 do STJ), contados também da sentença, até a data do efetivo pagamento.*
>
> *Outrossim, julgo extinto o presente feito, com base no art. 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil.*
>
> *Em razão da sucumbência, condeno o Requerido no pagamento das custas e despesas processuais, bem como no pagamento de honorários advocatícios que fixo, atendendo aos parâmetros previstos no artigo 85, §§2º e 3º, inciso I, no montante de 10% sobre o valor da condenação.*
>
> *No que diz respeito à sucumbência no tocante ao pedido indenizatório em face do Estado de Mato Grosso do Sul, Rádio Caçula e Minuto MS, condeno o Autor no pagamento dos honorários advocatícios que fixo, conforme os parâmetros previstos no artigo 85, §§ 2º e 3º, inciso I, do NCPC, no montante de 10% sobre o valor da causa. Tal cobrança resta suspensa, pela forma e prazo do art. 98, §§ 2º e 3º do NCPC, tendo em vista que o Demandante é beneficiário da justiça gratuita.*

Alega Igor Chagas que nada mais fez que compartilhar uma reportagem, que poderia muito bem ter sido excluída pelo recorrido.

Aduz que, ao publicar a frase "*Eu nem conheço ele mas. Achoepoko*" poderia estar referindo ao desfecho tido pelo autor, que fora conduzido à Delegacia de Polícia, em razão do suposto e reprovável ato praticado pelo recorrido na Lagoa – cartão postal da cidade de Três Lagoas-, qual seja, a prática de sexo oral com outra pessoa.

Afirma que o fato de ter publicado a reportagem no *facebook* do recorrido não o retirou do anonimato, já que seu nome fora publicado na reportagem do corréu Minuto MS.

Sustenta que o autor não comprovou a intenção do réu citado por edital, cujo ônus da prova lhe competia, não resta caracterizado o dever de indenizar, aliado ao fato de que a simples publicação de reportagem no *facebook* do autor – que poderia ter sido apagada – não possui qualquer condão de denegri-lo, ainda mais se for levado em contra sua circulação na mídia local, onde inclusive identificou o autor na matéria jornalística, como foi o caso do Minuto MS.

Requer Igor Chagas seja dado provimento ao recurso, "*a fim julgar improcedente o pedido inicial de danos morais em relação ao réu citado por edital Igor Chagas*".

Saulo Barbosa Guilherme pondera que a sentença é simplesmente corporativista no que diz respeito a ação dos três policiais militares envolvidos na ocorrência.

Esclarece que resta claro o nexo de causalidade entre a conduta ilegal da guarnição militar e o acesso a informação da ocorrência que envolvia o autor, e a publicação em suas páginas *on-line* do nome e do rosto de Saulo Barbosa Guilherme.

Dispõe que o vexame causado pelas mídias processadas está comprovado, pois em sua primeira publicação o nome do autor estava divulgado por inteiro, o que deu margem para que o réu Igor identificasse o autor e colasse em sua pagina a reportagem. Portanto, as mídias agiram ilegalmente, devendo ser condenadas pelos danos causados ao autor.

Frisa que a conduta do réu Igor foi ofensiva a intimidade. Mas ele foi manipulado pelos 'mais fortes' – Rotai, Minuto MS e Rádio Caçula-, quando decidiu ofender a sexualidade do autor.

Requer Saulo Barbosa Guilherme seja dado provimento ao recurso, para reconhecer a responsabilidade dos demais réus.

O Estado de Mato Grosso do Sul, em contrarrazões, manifesta-se pelo desprovimento do recurso interposto pelo autor.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de apelações cíveis interpostas por Igor Chagas e Saulo Barbosa Guilherme em face da sentença prolatada pelo Juízo da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Comarca de Três Lagoas, que julgou:

> *Parcialmente procedente a presente demanda, condenando o requerido Igor Chagas na indenização por danos morais, arbitrados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), atualizados monetariamente pelo IGPM a partir da sentença, além dos juros de mora de 1% ao mês (art. 46 do C.C/2002 c/c art. 161, §1º, do CTN e Súmula 362 do STJ), contados também da sentença, até a data do efetivo pagamento.*
>
> *Outrossim, julgo extinto o presente feito, com base no art. 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil.*
>
> *Em razão da sucumbência, condeno o Requerido no pagamento das custas e despesas processuais, bem como no pagamento de honorários advocatícios que fixo, atendendo aos parâmetros previstos no artigo 85, §§2º e 3º, inciso I, no montante de 10% sobre o valor da condenação.*
>
> *No que diz respeito à sucumbência no tocante ao pedido indenizatório em face do Estado de Mato Grosso do Sul, Rádio Caçula e Minuto MS, condeno o Autor no pagamento dos honorários advocatícios que fixo, conforme os parâmetros previstos no artigo 85, §§ 2º e 3º, inciso I, do NCPC, no montante de 10% sobre o valor da causa. Tal cobrança resta suspensa, pela forma e prazo do art. 98, §§ 2º e 3º do NCPC, tendo em vista que o Demandante é beneficiário da justiça gratuita.*

Requer Igor Chagas seja dado provimento ao recurso, "*a fim julgar improcedente o pedido inicial de danos morais em relação ao réu citado por edital Igor Chagas*".

Requer Saulo Barbosa Guilherme seja dado provimento ao recurso, para que seja reconhecida a responsabilidade dos demais réus.

Diante da abrangência dos recursos, estes serão analisados conjuntamente.

Observa-se das provas constantes dos autos que a prisão do autor deu-se em virtude de, juntamente com um menor, estar praticando ato não condizente com local público em que se encontravam.

Não se vislumbra nenhuma irregularidade praticada pelos policiais que abordaram o autor e o menor e o encaminharam para a delegacia, em virtude dos atos praticados por estes.

Com relação ao tema, oportuna a lição de Fernanda Marinela, *in* Direito Administrativo, 4ª edição, revista, ampliada, reformada e atualizada, Editora: Impetus, p. 893:

> *4.5. Hipóteses de exclusão:*
>
> *(...).*
>
> *Na hipótese de culpa exclusiva da vítima, a evasão não é absoluta. A sua presença não é suficiente para eximir o dever de indenizar do Estado; não é em si mesma causa excludente. É fundamental que se demonstre que o causador do dano foi a suposta vítima e não o Estado, demonstrando com isso a inexistência de comportamento estatal produtor da lesão, afastando, assim, o nexo causal para a caracterização da responsabilidade objetiva, como, por exemplo, um acidente de carro em que a suposta vítima dirigia imprudentemente.*
>
> *O importante é verificar, em qualquer caso, se a lesão foi ou não determinada pelo comportamento do Estado. Caso a resposta seja negativa, e o dano seja resultado do comportamento da vítima, estará ausente um dos elementos definidores da responsabilidade objetiva, gerando, assim, sua exclusão. O mesmo deve ser observado para as demais hipóteses de exclusão, como, por exemplo, a força maior.*

Do mesmo modo, leciona Odete Medauar, *in* Direito Administrativo Moderno, 13ª edição, revista e atualizada, Editora: Revista dos Tribunais, p. 383:

> *17.7 Causas de exclusão total ou parcial da responsabilidade.*
>
> *(...).*
>
> *Outro fator situa-se na chamada culpa da vítima. A expressão é usual, embora imprópria, porque nem sempre a vítima atua com dolo ou culpa. Mais apropriada se apresenta a expressão conduta da vítima. Neste caso, a conduta da vítima, exclusiva ou concorrente, contribuiu para o dano que sofreu: se a vítima teve participação total no evento danoso, a Administração se exime completamente; se o dano decorreu, ao mesmo tempo, de conduta da vítima e da Administração, esta responde em parte.*

Como bem destacado pela magistrada singular, o autor foi preso em decorrência do seu comportamento em local público, não tendo sido, em nenhum momento, questionada a sua opção sexual.

Os policiais apenas agiram no estrito dever legal, cumprindo com a sua obrigação, ao abordarem o autor e o menor, encaminhando-os à delegacia. Foi a atitude do autor que culminou com a sua prisão, não havendo falar em responsabilidade da Administração Pública pelos atos praticados pelos seus agentes.

Do mesmo modo, com relação aos réus Minuto MS e Rádio e Televisão Caçula Ltda, não merece reparos a sentença recorrida.

Consoante a conceitua Caio Mário da Silva Pereira, a culpa é "*um erro de conduta, cometido pelo agente que, procedendo contra direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo*".[4]

Para verificar sua ocorrência no caso concreto, mister se faz, portanto, analisar a licitude ou ilicitude do ato inconteste dos réus na divulgação de matérias jornalísticas envolvendo o autor. Não é necessário que haja dolo (vontade de prejudicar) do ofensor. Basta o agir sem diligência, sem prevenção, sem cuidado, ou seja, com culpa. Nesse norte, assim já se decidiu esta Corte:

> *APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS MATÉRIA OFENSIVA À BOA FAMA E REPUTAÇÃO DA EMPRESA - SENTENÇA QUE DESACOLHE OS PEDIDOS - REFORMADA - CONDENAÇÃO DO JORNAL AO PAGAMENTO DE DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS - DIMINUIÇÃO DA ARRECADAÇÃO DA BILHETERIA - QUANTUM - FIXAÇÃO - SENTENÇA REFORMADA - RECURSO PROVIDO. Em relação à responsabilidade civil decorrente de publicação de matéria inverídica ofensiva à boa fama e reputação da empresa, a culpa strictu sensu é bastante para justificar a indenização, embora no caso dos autos esteja demonstrado o dolo eventual. (...)* (Apelação Cível - Ordinário - Nº 2001.002504-6 - REL. Exmo. Sr. Des. Joenildo de Sousa Chaves - J. 22/04/2002 - DJ-MS, 10/05/2002 - Nº 313).

Sucede que a responsabilidade civil, quando se trate de alegado dano sofrido em virtude do exercício da liberdade de informação, segue regras próprias no que diz respeito ao seu elemento subjetivo, ainda que não se exija o dolo.

Por estarem em jogo princípios constitucionais de igual magnitude, previstos no art. 5º, incisos IV, IX e X e no art. 220 da Constituição Federal, a responsabilidade civil do indigitado causador do dano só se afigura se a opinião manifestada estiver qualificada pelo excesso, pelo abuso.

Caso contrário, não terá havido ato ilícito e, portanto, não haverá, nos precisos termos do art. 188, inciso I, do Código Civil, obrigação de indenizar, ainda que o dano haja se concretizado.

Daí se vislumbra que a solução para a pretensão indenizatória e inibitória, passa, em primeiro lugar, pela análise da regularidade do exercício do direito à livre manifestação do pensamento pelos réus, pois só assim se saberá se estes praticaram ou não um ato ilícito.

Segundo José de Aguiar Dias[5], o "*abuso de direito é, para nós, todo ato que, autorizado em princípio, legalmente, se não conforme, ou em si mesmo ou pelo modo empregado, a essa limitação. Há, ninguém duvida, um direito de prejudicar. Mas, para que se possa exercer, é preciso estar autorizado por interesse jurídico-social prevalente, em relação ao sujeito passivo da ação prejudicial*".

Ora, como antes ressaltado, é direito dos réus procederem à divulgação de matérias jornalísticas que entenda devida. Esse direito só será exercido de forma abusiva se houver, por parte dos réus, um excesso na divulgação da informação.

Com efeito, embora incluídos dentre os direitos fundamentais, a liberdade de informação e de comunicação não são direitos absolutos, uma vez que encontram limitação na proteção aos direitos da personalidade, dentre os quais os direitos à intimidade, à privacidade e à honra.

4 Responsabilidade Civil de Acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense. p. 77.

5 Da responsabilidade Civil.10. vol. II. Rio de Janeiro: Forense. p. 460.

Analisando-se as notícias veiculadas, a conclusão a que se chega é de que os réus não agiram com qualquer intuito difamatório (*animus diffamandi*), mas com a intenção de noticiar o ocorrido (*animus narrandi*).

Aliás, nesse mesmo sentido entendeu a magistrada de primeira instância, ao dispor, que:

> *A reportagem divulgada no meio de comunicação Rádio Caçula limitou-se a relatar os fatos constantes do relatório de ocorrência policial, não havendo qualquer juízo de opinião ou intuito de caluniar ou ofender o Demandante, havendo explicitação apenas das iniciais do nome do mesmo. As fotografias que integram a reportagem não deixam em evidência a face dos envolvidos, não permitindo a identificação visual.*
>
> *No caso da reportagem publicada no meio de comunicação Minuto MS, de igual forma não extrapola os limites de informação, eis que não emite qualquer juízo de valor ou intenção de colocar o Requerente em situação vexatória, havendo o intuito específico de garantir o direito de informação à população três-lagoense. Nas fotografias que ilustram a reportagem, também não há identificação visual do Autor e companheiro.*
>
> *Por outro lado, não obstante o Demandado Minuto MS acresça nas reportagens o nome do Autor, entendo que não configura circunstância suficiente para caracterizar eventual má fé ou não atendimento dos preceitos constitucionais ligados à informação, ao passo que esse quadro não apresentou qualquer cunho pejorativo.*
>
> *(...).*
>
> *Como se vê, não se observa que as matérias, da forma como veiculadas pelos demandados, tenham conotação de macular a honra ou o bom nome do Autor, não se extraindo das publicações referências, alusões ou frases com teor pejorativo, limitando-se, repita-se, a descreverem os fatos ocorridos em investigação percorrida na polícia.*
>
> *Não é demais destacar que, mesmo que a divulgação tenha atingido a honra do Requerente, sendo os fatos verdadeiros, não há ensejo de condenação por danos morais se os meios de imprensa atuaram pautados no regular exercício do direito de informar.*
>
> *Essa é justamente a situação em comento, em que os meios de imprensa local não se furtaram de seu dever informacional e além disso, não comprovou o Autor que os fatos investigados não eram verdadeiros.*

Com efeito, ausente o intuito difamatório (*animus diffamandi)*, não se verifica comprovada a culpa em quaisquer de suas modalidades, razão pela qual desnecessário averiguar os demais elementos relativos à responsabilidade civil. Sobre o tema, colacionam-se os julgados a seguir:

> *RECURSO INOMINADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. REPORTAGEM JORNALÍSTICA QUE DIVULGA A IMAGEM E A IDENTIDADE DOS ENVOLVIDOS EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. EXERCÍCIO DO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO. MATÉRIA JORNALÍSTICA COM CUNHO EMINENTEMENTE INFORMATIVO. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. 1. Embora a liberdade de imprensa e de informação sejam direitos constitucionais previstos no art. 220 da Carta Magna, figurando como garantias do Estado Democrático de Direito, tal exercício encontra limites em outros direitos fundamentais, igualmente protegidos constitucionalmente, como à vida privada, intimidade, honra e imagem do cidadão, dispostos no art. 5º da CF. 2. O direito de informação justifica-se quando relacionado com o direito da coletividade de ser cientificada acerca dos acontecimentos sociais, desde isso que não viole os direitos de personalidade dos envolvidos, e seja realizado com finalidade meramente informativa. 3. Mesmo diante da relevância da liberdade de imprensa em comparação com os direitos individuais, exige-*

se a ponderação dos direitos colidentes no caso concreto a fim de verificar qual deve eventualmente prevalecer, já que nenhum deles se mostra com caráter absoluto. 4. No caso concreto, verifica-se a ausência de violação ao direito de imagem, uma vez que a reportagem jornalística disponibilizada no saite do réu apenas descreveu a ocorrência de acidente de trânsito envolvendo o autor, que figurava como condutor do veículo que teria atropelado o pedestre na ocasião, sem imputar-lhe nenhuma culpa pelo evento, nem mesmo tecer nenhum comentário tendencioso sobre o ocorrido. 5. Ainda que a identidade do autor tenha sido revelada, assim como a placa de seu veículo tenha sido exposta nas imagens realizadas pelo réu, não foi demonstrada nos autos a ocorrência de nenhum prejuízo decorrente da divulgação dos fatos pelo réu (...) RECURSO DESPROVIDO. (TJ-RS - Recurso Cível: 71004674727 RS , Relator: Silvia Muradas Fiori, Data de Julgamento: 13/03/2014, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 14/03/2014) Grifou-se.

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – VEICULAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA – CONFLITO ENTRE A LIBERDADE DE IMPRENSA E A INVIOLABILIDADE DA INTIMIDADE, DA VIDA PRIVADA, DA HONRA E DA IMAGEM DAS PESSOAS – NOTICIADO FATO VERÍDICO – ANIMUS NARRANDI – EXCESSO DO EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE INFORMAÇÃO NÃO CARACTERIZADO – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – RECURSO DESPROVIDO.

A liberdade de imprensa (CF, art. 5º, IV e XIV) não é absoluta, tanto que encontra limitação no direito à intimidade, à honra e à imagem das pessoas (CF, art. 5º, X), o que determina, em caso de ofensa ou violação a um destes direitos, a reparação do dano.

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

Conquanto o apelado tenha, na mesma matéria, noticiado que dois policiais civis foram demitidos por terem sido flagrados cometendo o crime de extorsão e, ao final da notícia, que o apelante e outros dois colegas também haviam sido desligados da Polícia Civil, não vinculou estes últimos ao ilícito penal inicialmente descrito.

Assim, não demonstrado o intuito ofensivo na conduta do apelado, que atuou no exercício regular do direito de informação, não há falar em caracterização de dano moral indenizável. (TJMS. Julgado em 10 de outubro de 2012. 1ª Câmara Cível Apelação - Nº 0044856-90.2010.8.12.0001 - Campo Grande. Relator – Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran). Grifou-se.

No que diz respeito à manifestação do réu Igor Chagas em sua rede social, neste ponto, merece reforma a sentença recorrido.

Verifica-se que há o seguinte comentário no facebook do réu Igor Chagas "*Eu nem conheço ele mas Achoepoko*".

Embora a frase tenha sido dita pelo réu Igor Chagas por ocasião do que foi noticiado nos veículos de comunicação a respeito do autor, não pode ser suficiente a ocasionar ofensa à honra deste.

O que se pode constatar do comentário do réu Igor é um certo desinteresse com relação ao que poderia acontecer com o autor, diante do seu ato obsceno em um local público.

As consequências poderiam ser piores, como agressão dos que estavam no local, ou até mesmo dos demais presos, já que o autor foi pego com um menor de idade e praticando ato que desrespeitou os demais frequentadores do local.

Assim, o réu Igor Chagas nada mais fez do que expressar a sua opinião, que seria no sentido de ignorar os danos que o réu poderia sofrer com a sua atitude inconsequente.

Do mesmo modo, vê-se que a mensagem deixada pelo réu Igor Chagas ao autor também não possui o condão de ensejar uma indenização, porquanto, não se tem a integra da conversa entre as partes a fim de se poder afirmar que o autor estava sendo ofendido em sua honra.

Logo, ainda que o ato praticado pelo autor tenha sido objeto de comentários na rede social do réu Igor Chagas, o que deve ser destacado é que o autor foi o causador de toda a exposição na mídia e nas redes sociais, já que não se pode admitir que uma pessoa pratique um ato obsceno em um local público, e saia impune.

A manifestação do réu, em sua rede social, no sentido de ignorar o que poderia ocorrer com o autor, tendo em vista a sua conduta contrária aos bons costumes, não dá ensejo a qualquer indenização a título de danos morais, já que não se mostra evidente a ofensa à honra daquele.

Portanto, deve ser reformada a sentença recorrida, neste ponto

Diante da reforma, os ônus sucumbenciais deverão ser suportados tão somente pelo autor, já que corresponde a parte vencida na demanda.

Por fim, preceitua o art. 85, §11, do CPC/2015:

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

Assim, diante do trabalho prestado pelo causídico, do desprovimento do recurso interposto pelo autor e do provimento do recurso interposto pelo réu Igor Chagas, entendo que deve ser acrescido aos 10% sobre o valor atualizado da causa, o percentual de 5%, perfazendo um total da verba honorária de 15%.

Portanto, o cômputo geral da fixação dos honorários não ultrapassa os limites estabelecidos nos §§2º e 3º do art. 85 do CPC/2015.

Ante o exposto, conheço dos recursos, nego provimento ao apelo interposto por Saulo Barbosa Guilherme e dou provimento ao manejado por Igor Chaga para julgar improcedente o pedido formulado nos autos da ação de indenização por danos morais ajuizada por Saulo Barbosa Guilherme.

Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, §2º, do CPC/2015, devendo, contudo, ser observado o disposto no art. 98 do mesmo diploma legal.

Diante do trabalho prestado pelo causídico, do desprovimento do recurso interposto pelo autor e do provimento do recurso interposto pelo réu Igor Chagas, entendo que deve ser acrescido aos 10% sobre o valor atualizado da causa, o percentual de 5%, perfazendo um total da verba honorária de 15%.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, negaram provimento ao recurso de Saulo Barbosa Guilherme e deram provimento ao apelo de Igor Chagas, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

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

Campo Grande, 31 de janeiro de 2017.

***

5ª Câmara Cível
Apelação n. 0803791-85.2015.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL C/C PERDAS E DANOS – ECAD – CONTRIBUIÇÃO – DIREITOS AUTORAIS – TV POR ASSINATURA – HOTEL – COBRANÇA EM DUPLICIDADE – IMPOSSIBILIDADE – ENTENDIMENTO PACIFICADO – STJ – MAJORAÇÃO – VERBA HONORÁRIA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que são devidos direitos autorais pelo uso de aparelhos televisores ou radiofônicos em quartos de hotéis, motéis ou pousadas, desde que não tenha sido contratado o pagamento da taxa pela empresa prestadora dos serviços.

Segundo o disposto no art. 85, § 11, do CPC/2015 "*§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§2º e 3º para a fase de conhecimento*".

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de fevereiro de 2017.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD interpõe apelação cível em face da sentença prolatada pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, que rejeitou os pedidos do autor e o condenou ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da demanda, nos termos do §§2º e 6º do art. 85 do NCPC.

Afirma que o fato gerador para pagamento de direitos autorais não trata-se da retransmissão e, sim da transmissão de obras musicais, líteromusicais e fonogramas realizada pelo Apelado ao possuir televisores em seus quartos, sendo certo ainda que trata-se de fato gerador distinto do qual leva as prestadoras de serviço de TV por assinatura ao pagamento de direitos autorais, o que demonstra não tratar-se de cobrança dúplice ou tríplice.

Aduz que este Colendo Tribunal tem entendido ser legal a cobrança de direitos autorais pela violação de obras em quarto/aposento de hotel, não havendo que se cogitar da existência de cobrança indevida (*bis*

in idem) pelo fato de o apelado eventualmente ter contratado uma empresa de TV a Cabo que já efetua o pagamento dos direitos autorais, tal questão também já está superada no STJ.

Requer seja dado provimento ao recurso, para *"o apelado ao pagamento dos direitos autorais devidos desde o mês de setembro de 2010 à setembro de 2015, com a incidência de juros desde a violação dos direitos autorais e, correção monetária, bem como nas retribuições vincendas no curso do processo, desde a sua propositura, atualizadas monetariamente a partir do ajuizamento, até o mês do efetivo pagamento, sendo ainda invertido o ônus sucumbencial."*

Em contrarrazões, a apelada manifesta-se pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação cível interposta pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD em face da sentença prolatada pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Corumbá, que rejeitou os pedidos do autor e o condenou ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da demanda, nos termos do §§2º e 6º do art. 85 do NCPC.

Requer seja dado provimento ao recurso, para *"o apelado ao pagamento dos direitos autorais devidos desde o mês de setembro de 2010 à setembro de 2015, com a incidência de juros desde a violação dos direitos autorais e, correção monetária, bem como nas retribuições vincendas no curso do processo, desde a sua propositura, atualizadas monetariamente a partir do ajuizamento, até o mês do efetivo pagamento, sendo ainda invertido o ônus sucumbencial."*

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que são devidos direitos autorais pelo uso de aparelhos televisores ou radiofônicos em quartos de hotéis, motéis ou pousadas, desde que não tenha sido contratado o pagamento da taxa pela empresa prestadora dos serviços.

A propósito, confira-se o julgado abaixo:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO AUTORAL. ECAD. TAXA. COBRANÇA. QUARTO DE HOTEL. TV POR ASSINATURA. DISPONIBILIZAÇÃO. INCIDÊNCIA. 1. A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual é assegurado ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD o direito de arrecadar direitos autorais decorrentes da disponibilização de rádio e TV por assinatura em quartos de hotéis, exceto se houver contrato prevendo o pagamento da taxa pela empresa prestadora dos serviços, o que não se verifica no caso em exame. 2. Agravo regimental não provido.* (AgRg no Resp 156914 / RS. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. J: 16.6.2016).
>
> *PROCESSO CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DIREITO AUTORAL. ECAD. HOTEL. REPRODUÇÃO DE MÚSICA EM QUARTOS DE HOTEL.*
>
> *1. Admitem-se como agravo regimental embargos de declaração opostos a decisão monocrática proferida pelo relator do feito no Tribunal, em nome dos*
>
> *princípios da economia processual e da fungibilidade.*

> *2. Se uma das partes teve sua pretensão atendida, sagrado-se vencedora da demanda, embora possa ser sucumbente em um ou mais fundamentos, não se lhe exige aviar recursos tão-somente para que o Tribunal se manifeste sobre todos eles – 'o processo não visa à discussão de teses acadêmicas, mas ao fim*
>
> *pragmático de assegurar a um dos litigantes determinado bem da vida' (Edcl no Resp n. 17.646-RJ). Nessa situação, se aviado recurso especial pela parte verdadeiramente sucumbente e derrubada for a tese do Tribunal a quo, caberá a este Tribunal analisar os demais fundamentos suscitados em sede de contra-razões.*
>
> *3. A disponibilização de sinal de rádio e televisão dentro dos quartos de um hotel não isenta o estabelecimento do pagamento de direitos autorais, exceto se são utilizados serviços de TV e rádio por assinatura de empresa fornecedora que, ao emitir o sinal dos programas, já tenha efetuado os respectivos pagamentos. Isso porque tais programas são editados pela prestadora de serviços para uso exclusivo de determinados clientes, que os reproduzem em seus ambientes profissionais. Somente nesse momento é que é devido o pagamento de direitos autorais. Assim, se o fato gerador é único, feito um pagamento, tem-se por quitada a utilização da obra por autoria.*
>
> *4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se dá parcial provimento* (Edcl no Resp 1.044.345/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 4/2/2010, DJe de 11/2/2010).

No caso dos autos, evidencia-se que o valor referente aos direitos autorais pelo uso da TV por assinatura está embutido na quantia, mensal, a ser quitada pelo contratante a título de remuneração.

Estabelece o item 5.10 do Contrato Coletivo de TV por Assinatura:

> *O preço ora ajustado inclui todos os tributos, taxas, contribuições vigentes na data da assinatura do Anexo I ao presente Contrato. Qualquer variação nas alíquotas destes tributos, taxas ou contribuições, bem como a criação de novos tributos, taxas ou contribuições, implicará na proporcional variação nos preços contratados.*

Logo, vê-se que a contribuição do ECAD vem sendo paga pelo cliente, devendo ser reconhecida a impossibilidade da cobrança em duplicidade pelos direitos autorais.

Por fim, preceitua o art. 85, §11, do CPC/2015:

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

Assim, diante do trabalho prestado pelo causídico e do desprovimento do recurso, entendo que deve ser acrescido aos 10% do valor atualizado da demanda, o percentual de 5%, perfazendo um total da verba honorária de 15%.

Portanto, o cômputo geral da fixação dos honorários não ultrapassa os limites estabelecidos nos §§2º e 3º do art. 85 do CPC/2015.

Ante o exposto, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

Diante do trabalho prestado pelo causídico e do desprovimento do recurso, entendo que deve ser acrescido aos 10% do valor atualizado da demanda, o percentual de 5%, perfazendo um total da verba honorária de 15%.

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 Tadeu Barbosa Silva

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

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

Campo Grande, 07 de fevereiro de 2017.

***

Órgão Especial
Direta de Inconstitucionalidade nº 1404297-02.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Vladimir Abreu da Silva

EMENTA – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI DO MUNICÍPIO DE CAMPO GRANDE EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL – LEI QUE ESTIPULA OBRIGATORIEDADE DE DESCONTO PARA PESSOAS QUE REALIZARAM CIRURGIA BARIÁTRICA – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL – COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO COMERCIAL E RELAÇÃO DE CONSUMO – VIOLAÇÃO A DIVERSOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA – PEDIDO JULGADO PROCEDENTE.

A Lei n. 5.602, de 12.8.2015, do Município de Campo Grande, MS, que dispõe sobre a obrigatoriedade de concessão de desconto e/ou meia porção para pessoas que realizaram cirurgias bariátricas ou qualquer outra gastroplastia em restaurantes que menciona e dá outras providências, encontra-se em desconformidade com a Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, por inconstitucionalidade formal e violação aos princípios da livre iniciativa e do livre exercício da atividade econômica.

Referida lei, além de violar os princípios federativos, da livre iniciativa e da razoabilidade, usurpa a competência da União para legislar sobre direito comercial (art. 22, inciso I) e sobre relação de consumo (art. 24, inciso V, ambos da Constituição Federal).

Igualmente, viola o artigo 30, inciso I, da Constituição Federal, principalmente quando se nota que a questão referente à situação especial das pessoas submetidas à cirurgia bariátrica é de ordem geral, devendo eventual disciplina sobre o assunto ter abrangência nacional ou regional.

Pedido procedente. Inconstitucionalidade declarada.

ACÓRDÃO

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

Campo Grande, 15 de fevereiro de 2017.

Des. Vladimir Abreu da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Sindicato de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares do Estado de Mato Grosso do Sul, devidamente qualificado, propõe ação direta de inconstitucionalidade com pedido liminar em face da Prefeitura do Município de Campo Grande e da Câmara Municipal de Campo Grande, tendo por objeto a Lei Municipal n. 5.602, de 12.8.2015, publicada no Diário Oficial do Município em 17.8.2015.

Alega, em síntese, que a lei municipal afronta o princípio federativo, adotado expressamente pela Constituição Estadual, em seus arts. 1º, 4º, 13 e 17, pois usurpou a competência legislativa da União sobre direito comercial e relação de consumo, previstas nos arts. 22, I, e 24, V, da Constituição Federal, e, com isso, o Município extrapolou a autonomia política que lhe é conferida pela Carta Federal e pela Constituição Estadual, em particular, o art. 13 desta última.

Aduz que a matéria tratada na norma municipal não se enquadra na competência legislativa do município, estabelecida no art. 17, I, da Constituição Estadual e no art. 30 da Constituição Federal, pois extrapola o interesse meramente local, ao conceder o benefício indistintamente para residentes ou não no município.

Além disso, a lei impugnada também representaria afronta aos princípios da razoabilidade e da livre iniciativa, violando, assim, o art. 1º, incisos II e IV, da Constituição Estadual.

Requer a declaração da inconstitucionalidade formal orgânica da Lei Municipal n. 5.602, de 12 de agosto de 2015, por violação expressa aos artigos 13 e 17, I, da Constituição Estadual, assim como a inconstitucionalidade material por infringência ao art. 1º, incisos II e V, da Constituição do Estado.

No julgamento da medida cautelar (f. 216/226), foi declarada a conexão e determinado que a presente ação e a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1402897-50.2016.8.12.0000 sejam reunidas para julgamento simultâneo, bem como que se estendesse à presente ação a suspensão da eficácia da Lei n. 5.602, de 12.8.2015, do Município de Campo Grande, MS, até o julgamento definitivo das duas ações diretas de inconstitucionalidade

Embora intimado, o Município não se manifestou (f. 244).

Por sua vez, o Ministério Público (PGJ) opinou pela procedência do pedido a fim de ser declarada inconstitucional a Lei Municipal n. 5.602/2015 (f. 247/254).

VOTO

O Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva. (Relator)

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta por Sindicato de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares do Estado de Mato Grosso do Sul, em face da Prefeitura do Município de Campo Grande e da Câmara Municipal de Campo Grande, tendo por objeto a Lei Municipal n. 5.602, de 12.8.2015, publicada no Diário Oficial do Município em 17.8.2015.

Conforme relatado, o autor alega, em síntese, que a lei municipal afronta o princípio federativo, adotado expressamente pela Constituição Estadual, em seus arts. 1º, 4º, 13 e 17, pois usurpou a competência legislativa da União sobre direito comercial e relação de consumo, previstas nos arts. 22, I, e 24, V, da Constituição Federal, e, com isso, o Município extrapolou a autonomia política que lhe é conferida pela Carta Federal e pela Constituição Estadual, em particular, o art. 13 desta última.

Aduz que a matéria tratada na norma municipal não se enquadra na competência legislativa do município, estabelecida no art. 17, I, da Constituição Estadual e no art. 30 da Constituição Federal, pois extrapola o interesse meramente local, ao conceder o benefício indistintamente para residentes ou não no município.

Além disso, a lei impugnada também representaria afronta aos princípios da razoabilidade e da livre iniciativa, violando, assim, o art. 1º, incisos II e IV, da Constituição Estadual.

Requer a declaração da inconstitucionalidade formal orgânica da Lei Municipal n. 5.602, de 12 de agosto de 2015, por violação expressa aos artigos 13 e 17, I, da Constituição Estadual, assim como a inconstitucionalidade material por infringência ao art. 1º, incisos II e V, da Constituição do Estado.

A lei impugnada apresenta o seguinte teor:

> *Lei n. 5.602, de 12 de agosto de 2015*
>
> *Dispõe sobre a obrigatoriedade de concessão de desconto e/ou meia porção para pessoas que realizaram cirurgias bariátricas ou qualquer outra gastroplastia em restaurantes que menciona e dá outras providências.*
>
> *Faço saber que a Câmara Municipal aprovou e eu, Gilmar Antunes Olarte, Prefeito Municipal de Campo Grande, Capital do Estado de Mato Grosso do Sul, sanciono a seguinte Lei:*
>
> *Art. 1º Ficam os restaurantes e similares que servem refeições à "La Carte" e/ou "porções" obrigados a oferecerem desconto de 50% (cinquenta por cento) no preço das mesmas e/ou servirem meia porção para as pessoas que tenham o estômago reduzido através de cirurgia bariátrica ou qualquer outra gastroplastia.*
>
> *Art. 2º Ficam os restaurantes e similares que servem refeições a "rodízio" obrigados a concederem desconto de 50% (cinquenta por cento) no preço das mesmas para as pessoas que tenham o estômago reduzido através de cirurgia bariátrica ou qualquer outra gastroplastia.*
>
> *Art. 3º Excetua-se do disposto desta Lei o consumo de quaisquer bebidas.*
>
> *Art. 4º Para ter direito ao benefício de que trata a presente Lei o interessado deverá comprovar sua condição através da apresentação de laudo médico ou declaração de médico responsável devidamente inscrito no Conselho Regional de Medicina.*
>
> *Art. 5º A inobservância das disposições contidas nesta Lei acarretará ao infrator as sanções previstas no art. 56 da Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor, aplicáveis na forma de seus arts. 57 a 60.*
>
> *Art. 6º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no que couber.*
>
> *Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.*
>
> *Campo Grande, 12 de agosto de 2015.*
>
> *Gilmar Antunes Olarte*
>
> *Prefeito Municipal.*

As requerentes argumentam que, em virtude de o projeto de lei deveria ter sido apresentado pelo Prefeito do Município, e não por Vereador, porque a lei trata de matéria administrativa e prevê a fiscalização e aplicação de penalidades pela Administração Pública, criando obrigações para o Poder Executivo. Por isso, a mencionada Lei padeceria de inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, com ofensa ao art. 67, § 1º, II, "d", da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

A análise da questão litigiosa em juízo de cognição sumária permite inferir que não merece ser acolhido o argumento de inconstitucionalidade formal por violação ao art. 67, II, "d" da Constituição Estadual, aplicável aos Municípios por força do art. 13 da Carta Estadual, os quais preceituam, *in verbis*:

> *Art. 67. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Tribunal de Contas, ao Procurador-Geral de Justiça, ao Defensor Público-Geral do Estado e aos cidadãos, nos termos desta Constituição. (Alterado pelo art. 1º da Emenda Constitucional n. 68, de 2015.)*
>
> *§ 1º São de iniciativa do Governador do Estado as leis que:*
>
> *(...)*
>
> *II - disponham sobre:*
>
> *(...)*
>
> *d) a criação, a estrutura e as atribuições das Secretarias de Estado e dos órgãos da administração pública.*
>
> *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.*

Destaque-se, inicialmente, que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que:

> *As regras básicas do processo legislativo federal – sobretudo as que reservam ao Chefe do Poder Executivo a iniciativa de determinadas leis, como é o caso das que dispõem sobre a 'criação, estruturação e atribuições dos (...) órgãos da administração pública' (art. 61, § 1º, inc. II, alínea 'e', da CF) –, por estarem relacionadas ao princípio da independência e harmonia entre os poderes (art. 2º da CF) – ligado, por sua vez, ao princípio constitucional sensível do regime democrático (art. 34, VII, 'a', da CF) – são de observância compulsória pelos demais entres que integram a Federação (cf, entre outros. ADI nº 97/RO, in RDJ 151/664, ADI nº 1.060, DJ 23/09/94)* (ADI 1391-2/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julg. em 9.5.2002).

Ocorre que a antiga redação do art. 61, § 1º, II, "e", da Constituição Federal, que atribuía ao Presidente da República a iniciativa das leis que dispusessem sobre *"criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública"*, devidamente observada pelo art. 67, § 1º, II, "d", que atribui ao Governador do Estado de Mato Grosso do Sul a iniciativa das leis que disponham sobre *"a criação, a estrutura e as atribuições das Secretarias de Estado e dos órgãos da administração pública"*, foi alterada pela Emenda Constitucional n. 32, de 11.9.2001, passando a fixar ao Presidente da República a iniciativa das leis que disponham sobre *"criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI"*.

Desse modo, a EC 32/2001 excluiu da ordem privativa do Presidente da República a iniciativa das leis que disponham sobre as atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública, atribuindo-lhe competência privativa apenas para dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal, a saber:

> *Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:*
>
> *(...)*

> *VI - dispor, mediante decreto, sobre:* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)
>
> *a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)*
>
> *b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;* (Incluída pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

Todavia, a Constituição Estadual não acompanhou a alteração da *norma de observância compulsória*, de sorte que o art. 67, § 1º, II, "d", da Carta Estadual está em desacordo com a redação vigente do art. 61, § 2º, I, "e", da Constituição Federal.

Além disso, são pertinentes as assertivas do parecer Ministerial, nos termos abaixo expostos e que adoto para este voto.

Como é cediço, a reserva de iniciativa legislativa do chefe do Poder Executivo deve ser expressa e taxativa em atenção ao princípio da separação dos poderes e à regra da iniciativa comum ou concorrente. Não se pode perder de vista, destarte, que a regra geral é que a iniciativa legislativa pertence ao Poder Legislativo, sendo a exceção a atribuição de reserva em relação a certa categoria de agentes, entidades e órgãos, e que, por isso, não se presume, devendo as limitações estar expressamente elencadas na Constituição.

Há que se fazer uma interpretação restritiva às hipóteses de iniciativa legislativa reservada, uma vez que tais reservas, ao transferirem a iniciativa do processo legislativo, operam reduções a funções típicas do Parlamento e de seus membros.

Neste sentido, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal: "*A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca* (STF, ADI-MC 724-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27-04-2001)". (f. 101)

Tendo-se em conta que a lei impugnada não tratou de nenhuma matéria enumerada no rol do § 1º do art. 67 da Constituição Estadual, que inscreve iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo, não cabe acolher o argumento de inconstitucionalidade formal por violação ao art. 67, II, "d" da Constituição Estadual.

O parecer ministerial salienta, no entanto, que a Lei Municipal n. 5.643/16 apresenta vícios de inconstitucionalidade formal e material, por afronta aos arts. 22, I, 24, V, e 170, inciso IV e parágrafo único, da Constituição Federal, aos arts. 1º, II, IV, V e 13º da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul, bem como aos arts. 1º e 5º da Lei Orgânica Municipal.

De fato, nos termos do que dispõe o art. 22 da Constituição Federal,[1] compete privativamente à União legislar sobre direito civil e comercial. Por tal razão, ao legislar impondo obrigação aos restaurantes e similares de conceder descontos ou meia porção às pessoas que tenham sido submetidas à cirurgia bariátrica, o município acabou por violar o princípio federativo, que, na edificação da autonomia, estabelece a devida repartição de competência de cada ente.

Isso porque a lei impugnada está concedendo o benefício não só para as pessoas de dentro do município, como também para qualquer pessoa residente ou não no Brasil, que esteja em trânsito na cidade

1 CF/88, Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial (...)

de Campo Grande, já que esse tipo de cirurgia ocorre em todo território nacional e estrangeiro, não se tratando, portanto, de norma que discipline assunto predominantemente local, nos termos do que preleciona o art. 30, I, da Constituição Federal.[2]

O art. 1º da Lei Orgânica do município de Campo Grande dispõe que o Município de Campo Grande faz parte da organização político-administrativa da República Federativa do Brasil e integra o território do Estado de Mato Grosso do Sul, (...) nos termos das Constituições Federal e Estadual, e, ainda, preleciona, em seu art. 5º, que o Município de Campo Grande, unidade territorial, Capital do estado de Mato Grosso do Sul, pessoa jurídica de direito público interno, com autonomia política, administrativa e financeira, reger-se-á por esta Lei Orgânica, atendidos os princípios e preceitos estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Em seu art. 13 (já transcrito acima) a Carta Estadual novamente dispõe que a autonomia dos Municípios é garantida nos termos assegurados pela Constituição Federal, por esta Constituição e pelas respectivas Leis Orgânicas.

Desse modo, ao aprovar e sancionar a citada lei pela Câmara e pelo Chefe do Executivo Municipal, respectivamente, acabaram por invadir a competência da União de legislar sobre direito civil e comercial, bem como, ainda que se considere tratar-se de matéria de consumo, de interesse de toda a sociedade, em que a competência é concorrente da União, Estados e DF, ainda assim, cabe a União estabelecer normas gerais, consoante o disposto no art. 24, V, e §1º da CF.

Da mesma forma, além da citada inconstitucionalidade formal, há que se destacar que a lei municipal acaba por violar o princípio da livre iniciativa e o livre exercício da atividade econômica a pretexto de se promover incentivo às pessoas que foram submetidas à cirurgia bariátrica, porquanto concede um benefício que será suportado pelos proprietários dos estabelecimentos comerciais e não pelo ente federativo instituidor da obrigação.

Em sendo assim, não se afigura razoável que, a pretexto de favorecer determinada categoria de pessoas, se imponha às empresas privadas restrições ao seu comércio, passando inadvertidamente a ingerir no domínio econômico, comprometendo o livre exercício da atividade econômica. Nesse passo, ao impor a obrigação aos restaurantes e similares de conceder descontos ou meia porção às pessoas que tenham sido submetidas à cirurgia bariátrica, a lei municipal rechaçada acaba por restringir o direito de propriedade dos donos dos estabelecimentos comerciais, a quem incumbe deliberar acerca da sua gestão.

Acerca da inconstitucionalidade de leis municipais que instituíram obrigações a restaurantes e similares em casos análogos aos dos autos, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, *in verbis*:

> *Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 14.524, de 05 de dezembro de 2012, do Município de Campinas, que dispõe sobre a obrigatoriedade dos Restaurantes e Similares em conceder descontos e/ou meia porção para pessoas que realizaram cirúrgica bariátrica ou qualquer outra gastroplastia na forma que especifica e dá outras providências. Ofensa Ao Princípio Federativo. Reconhecimento. A lei impugnada usurpou a competência da União para legislar sobre direito comercial (art. 22, inciso I) e sobre relação de consumo (art. 24, inciso V, ambos da Constituição Federal), neste último caso concorrentemente com o Estado, daí o reconhecimento de inconstitucionalidade da norma por ofensa ao princípio federativo. É importante ressaltar, sob esse aspecto, que a lei em questão concede o benefício para pessoas de dentro do município ou de fora dele, não se tratando, portanto, de norma que discipline assunto predominantemente local na acepção do art. 30, inciso I, da Constituição Federal, principalmente quando se nota que*

2 CF/88, Art. 30. Compete aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local; (...)

a questão referente à situação especial das pessoas submetidas à cirurgia bariátrica é de ordem geral, devendo eventual disciplina sobre o assunto ter abrangência nacional ou regional, já que a competência constitucional dos municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados (RT 851/128). Violação do Princípio da Livre Iniciativa. Reconhecimento. Ao impor aos estabelecimentos comerciais a obrigação de conceder desconto de 50% em relação ao preço original ou a fornecer meia porção (gratuitamente ou paga), a lei impugnada - a pretexto de promover incentivo às pessoas que foram submetidas à cirurgia bariátrica acaba por afrontar o princípio da livre iniciativa, uma vez que concede benefício a um grupo determinado de pessoas, à custa do empresariado e em situação em que não se exige essa intervenção, e ainda sem qualquer contrapartida, ou seja, na verdade, o Estado não está promovendo uma ação social, mas impondo ao particular a obrigação de promovê-la, o que justifica, aqui, o uso da expressão popular de que não se deve fazer cortesia com chapéu alheio para, em poucas palavras, reconhecer e debelar esse sentido obscuro da norma. Ao Estado, e não à iniciativa privada, cabe desenvolver ou estimar práticas redistributivas ou assistencialistas. É do Poder Público a responsabilidade primária. Poderá desincumbir-se dela por iniciativa própria ou estimulando comportamentos da iniciativa privada que conduzam a esses resultados, oferecendo vantagens fiscais, financiamentos, melhores condições de exercício de determinadas atividades, dentre outras formas de fomento (A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 14, maio, junho e julho/2008, Salvador/BA). Por fim, é importante considerar que a lei impugnada, além dos vícios apontados, também ofende o princípio da razoabilidade, na medida em que cria um ônus desnecessário para os empresários, considerando que, para o período pós-operatório, em casos de cirurgia bariátrica, a literatura médica recomenda aos pacientes a reeducação alimentar, vale dizer, prioriza principalmente a qualidade e não só a quantidade de alimentos (porção inteira ou meia porção). Ademais, a norma não tem por objetivo assegurar o exercício de garantias constitucionais, como, por exemplo, o direito à educação, à cultura e à ciência (art. 23, inciso V, da Constituição Federal), de forma a justificar a intervenção estatal, tal como nos casos de concessão de meia entrada aos estudantes para ingresso em cinemas e teatros, mas, simplesmente, procura conferir maior conforto e atenção aos pacientes que se submeteram à cirurgia bariátrica, cuja providência, entretanto, mesmo que fosse exigível e necessária do ponto de vista constitucional, deveria ser promovida pelo Estado, e não às custas da iniciativa privada, e ainda mais por meio coercitivo. Inconstitucionalidade Manifesta. Ação Julgada Procedente. (TJ-SP - ADI: 00056048820138260000 SP 0005604-88.2013.8.26.0000, Relator: Ferreira Rodrigues, Data de Julgamento: 03/12/2014, Órgão Especial, Data de Publicação: 17/12/2014)

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 5.511, de 12 de agosto de 2013, do Município de Sumaré, que dispõe sobre a obrigatoriedade dos Restaurantes e Similares em conceder descontos ou meia porção para pessoas que passaram por intervenção cirúrgica de redução de estômago, na forma que especifica e dá outras providências'.

(...) ***É importante ressaltar, sob esse aspecto, que a lei em questão concede o benefício para pessoas de dentro do município ou de fora dele, não se tratando, portanto, de norma que discipline assunto predominantemente local na acepção do art. 30, inciso I, da Constituição Federal, principalmente quando se nota que a questão referente à situação especial das pessoas submetidas à cirurgia bariátrica é de ordem geral, devendo eventual disciplina sobre o assunto ter abrangência nacional ou regional, já que 'a competência constitucional dos municípios de legislar sobre interesse local não tem o alcance de estabelecer normas que a própria Constituição, na repartição das competências, atribui à União ou aos Estados****.* (RT 851/128). (Processo nº 2038277-66.2014.8.26.0000, Relator(a): Ferreira Rodrigues; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data

do julgamento: 03/12/2014; Data de registro: 05/12/2014) (Grifou-se)

Ante o exposto, com o parecer, confirmando a medida cautelar, julgo procedente o pedido inicial e declaro a inconstitucionalidade formal e material, com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, Lei n. 5.602, de 12.8.2015, do Município de Campo Grande, MS, e decreto a extinção do processo com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil de 2015.

Nos termos do artigo 526 do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, comunique-se a decisão à Câmara Municipal de Campo Grande para a suspensão da execução da referida lei.

Sem custas e honorários advocatícios da sucumbência.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade e, com o parecer, julgaram procedente a ação, nos termos do voto do relator. Declarou seu impedimento o Des. Sideni Soncini Pimentel. Ausente, justificadamente, o des. Julizar Barbosa Trindade.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Divoncir Schreiner Maran

Relator, o Exmo. Sr. Des. Vladimir Abreu da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Vladimir Abreu da Silva, Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, Des. João Maria Lós, Des. Divoncir Schreiner Maran, Desª. Tânia Garcia de Freitas Borges, Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Sideni Soncini Pimentel, Des. Dorival Renato Pavan e Des. Marco André Nogueira Hanson.

Campo Grande, 15 de fevereiro de 2017.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL



2ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito nº 0003501-74.2014.8.12.0029 - Naviraí
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – PENAL – FURTO DE ENERGIA – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – ALTO GRAU DE REPROVABILIDADE DAS CONDUTAS – NÃO CABIMENTO – PROVIMENTO.

O princípio da insignificância deve ser aferido pelo grau de reprovabilidade da conduta, o que demanda exame aprofundado das provas, incompatível com a rejeição *in lime* da peça acusatória.

Deve ser recebida a denúncia que apresenta todos os requisitos previstos no art. 41, do Código de Processo Penal, expondo a autoria, materialidade e as circunstâncias do crime.

Recurso em sentido estrito interposto pelo *parquet* a que se dá provimento para determinar o recebimento da denúncia.

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, contra o parecer, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal.

Campo Grande, 12 de dezembro de 2016.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

O Ministério Público Estadual interpõe recurso em sentido estrito objetivando a reforma da decisão que rejeitou a denúncia ofertada em desfavor de Paulo Sérgio Celini de Souza e Valdecir Benicio Neves pela prática dos crimes de furto qualificado de energia elétrica (arts. 155, § 3º e 4º, II, do Código Penal), e de estelionato (art. 171, do Código Penal).

Aduz que a inicial preenche todos os requisitos legais para seu recebimento, sobretudo a tipicidade material, não havendo falar em aplicação do princípio da insignificância.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 71/74 e 85/95).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido, mas em razão da falta de justa causa para *persecutio criminis* (f. 104/109).

VOTO

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

O Ministério Público Estadual interpõe recurso em sentido estrito objetivando a reforma da decisão que rejeitou a denúncia ofertada em desfavor de Paulo Sérgio Celini de Souza e Valdecir Benicio Neves pela prática dos crimes de furto qualificado de energia elétrica (arts. 155, § 3º e 4º, II, do Código Penal), e de estelionato (art. 171, do Código Penal).

Entre os meses de janeiro e junho de 2014, em Naviraí, em conluio com outras 02 (duas) pessoas ainda não identificadas, Valdecir obteve para si vantagem ilícita, induzindo em erro a vítima Empresa Energética de Mato Grosso do Sul (Enersul), mediante artifício, ardil e meio fraudulento.

No mesmo período mencionado, na residência localizada na Rua Dinamarca n.º 177, centro, em Naviraí, mediante fraude, Paulo subtraiu energia elétrica, correspondente ao valor de R$ 622,71 (seiscentos e vinte e dois reais e setenta e um centavos).

Valdecir e outros 02 (dois) comparsas propuseram a Paulo a adulteração do medidor de energia de sua residência com o fim de reduzir o valor da conta, o que foi aceito.

A adulteração foi realizada mediante o arrombamento da caixa e alteração do software do medidor, valendo-se para tanto da utilização de um notebook. Contudo, a fraude foi identificada e denunciada pela vítima.

Submetido o medido de energia elétrica à perícia concluiu-se que a "*unidade consumidora examinada apresentava canais 003 e 024 invertidos, o que impede o registro regular do consumo da unidade consumidora, que sugere a falta de carga de programa original de fábrica, sem os devidos registros de consumo pelo instrumento de medição, caracterizando dessa forma, o desvio de energia elétrica da concessionária sem a devida quantificação do consumo*" (f. 35/40).

A denúncia oferecida foi rejeitada pelo magistrado singelo, que aplicou o princípio da insignificância. É contra essa decisão a insurgência do *Parquet*, aduzindo que o referido postulado é inaplicável, sobretudo porque "*o aspecto econômico não é o único a ser considerado na análise da aplicabilidade do princípio da insignificância*" (f. 57/67).

Embora, hoje, o princípio da bagatela seja importante instrumento de política criminal, na medida em que exclui a tipicidade daquelas condutas que não afetam de modo importante o bem jurídico tutelado pela lei penal, também é certo que não se pode generalizar na sua aplicação.

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que a aplicação da referida excludente de tipicidade "*deve ser aferida, também, pelo grau de reprovabilidade da conduta*"[1], de modo que tal questão está umbilicalmente vinculada ao mérito da ação penal e, por óbvio, demanda o exame aprofundado de provas, expediente inviabilizado pela rejeição *in limine* da denúncia.

Ademais, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico não autoriza a aplicação generalizada do princípio da insignificância (instrumento de política criminal), o qual deve se harmonizar com o dever de proteção estatal, cuja essência reside no combate à impunidade.

Nesse ponto, vale invocar as lições expostas por Cesare Beccaria na obra-prima dos "Delitos e das Penas", o qual, ao seu tempo, já alertava que o controle da criminalidade não passa pela dureza das penas, mas pela certeza de sua aplicação, premissa que subsiste ainda mais atual.

1 HC 161019/SP, 5ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 17/03/2011.

Apregoa o iluminista:

> *A certeza de um castigo, ainda que moderado, despertará sempre uma impressão maior, do que o receio de outro mais cruel, ligado à esperança da impunidade; pois os males ainda que mínimos, quando são certos, assustam sempre os ânimos dos homens, e a esperança, dom celestial que freqüentemente é a única que permanece dentro de nós, afasta sempre a idéia dos males maiores, notadamente quando a impunidade, que a avareza e a freqüência concedem com freqüência, aumenta a sua força.*[2]

Nesse passo, ainda que, tecnicamente, seja possível a aplicação *in concreto* do princípio da insignificância após devida instrução criminal, obstar o trâmite processual em seu nascedouro é, no mínimo, negar a prestação jurisdicional, bem como desvirtuar por completo a aplicação do instituto.

Não se olvide, também, a conclusão a que chegou o magistrado *a quo* apresenta-se equivocada, eis que relegar à impunidade condutas como as dos acusados somente incentivaria que outros consumidores procedessem de forma idêntica.

Por fim, verifica-se que a peça acusatória preenche os requisitos previstos no art. 41, do Código de Processo Penal, afigurando-se cabível seu recebimento.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público Estadual, para receber a denúncia e determinar o retorno dos autos à origem, para processamento e julgamento da infração penal.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (1º Vogal)

Relembrando. Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Estadual contra decisão que rejeitou a denúncia ofertada em desfavor de Paulo Sérgio Celini de Souza e Valdecir Benício Neves pela prática dos crimes de furto qualificado de energia elétrica (Art. 155, § 3º e 4º, II, do CP) e de estelionato (art. 171, CP).

Em suas razões alega que a denúncia preenche todos os requisitos legais para o seu recebimento.

O parecer da Procuradoria Geral de Justiça é pelo improvimento do recurso ministerial (p. 104-109).

O e. Relator, Des. Carlos Eduardo Contar, dá provimento.

Divirjo.

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*

2 **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Bushatsy, 1978, p. 213.

> *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).

Numa frase, *"o direito penal não deve se ocupar com insignificâncias, afastando a tipicidade de fatos que tenham por objeto bens de irrelevante valor"* (Apelação Crime nº 70029961182, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 03/06/2009).

Na hipótese, em que pese o esforço ministerial, observa-se que os requisitos para a aplicação do princípio da insignificância estão todos preenchidos.

Ora, os réus são primários, a *res furtiva* tem o valor de pouco mais de R$ 622,00 (seiscentos e vinte e dois reais), importando em prejuízo praticamente nulo ao patrimônio da vítima, que, inclusive, foi ressarcida com o pagamento da dívida constatada após a adulteração do medidor, sobressaindo, dessas circunstâncias, que as condutas denunciadas, de fato, são materialmente atípicas.

Ratificando a cognição exarada pelo sentenciante, colhem-se os seguintes precedentes jurisprudenciais: STJ, HC 183338/MS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Câmara, julgado em 07/12/2010, DJe 01/02/2011; TJMS - Recurso em Sentido Estrito n. 2010.013666-7 - Três Lagoas - Relator - Des. Claudionor Miguel Abss Duarte – j 21/06/2010 - 2ª Câmara Criminal; TJMS - Recurso em Sentido Estrito n. 2010.029766-6 – Bonito – Relator Des. Romero Osme Dias Lopes – j. 18/10/2010 - 2ª Câmara Criminal; Apelação Criminal - Reclusão - N. 2010.035750-8 - Três Lagoas - Relator Des. Manoel Mendes Carli – j. 16/12/2010 - 2ª Câmara Criminal.

Cumpre mencionar, outrossim, que este Tribunal de Justiça aplicou o princípio da insignificância em casos semelhantes aos dos autos, nos quais, aliás, a subtração de energia teve valor equivalente ou superior ao apurado nesta ação penal:

> *EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – RECURSO MINISTERIAL – FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – PRESENTES TODOS OS REQUISITOS – RECURSO IMPROVIDO. Não se justifica a movimentação da máquina judiciária a julgar a subtração de energia elétrica quando as condições que circundam o delito dão conta da sua singeleza.*
>
> *No caso, mostram-se simultaneamente presentes todos os vetores necessários para o reconhecimento do princípio da insignificância, eis que evidenciado o pequeno valor do bem furtado (60kwh de energia) ante a capacidade financeira da vítima (ENERSUL); não há notícias nos autos de que seja o Recorrido portador de maus antecedentes; o crime não envolve violência ou grave ameaça à pessoa; inexiste desfalque patrimonial pois a dívida no valor de R$ 743,53 (setecentos e quarenta e dois reais e cinquenta e três centavos) foi quitada em fevereiro de 2014. Contra o parecer, recurso improvido.* (RESE n. 0001753-75.2012.8.12.0029 Relator(a): Desª. Maria Isabel de Matos Rocha; Comarca: Naviraí; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 08/12/2014; Data de registro: 08/01/2015)
>
> *EMENTA - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA - REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - INSURGÊNCIA MINISTERIAL - IMPROCEDÊNCIA - RECURSO NÃO PROVIDO. Não justifica a movimentação da cara e abarrotada máquina judiciária a subtração de energia elétrica em montante irrisório e que pode ser cobrado por outros meios não penais. Cuida-se de fato que dispensa a*

insurgência punitiva, ultima ratio da interferência controladora estatal. Recurso não provido, contra o parecer. (RESE 0000744-78.2012.8.12.0029; Relator(a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence; Comarca: Naviraí; Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 27/07/2014; Data de registro: 01/08/2014)

Gize-se que o crime não envolve violência ou grave ameaça à pessoa, tampouco houve repercussão social relevante, até porque a subtração de energia elétrica dificilmente é vista como crime pelos cidadãos não iniciados nas ciências jurídicas, que costumam relegá-la a mero ilícito na seara civil.

Destaco que, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não é o mencionado princípio que fomenta a atividade criminosa. São outros e mais complexos fatores que, na verdade, têm instigado a prática delitiva na sociedade moderna. (HC 299.185-SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 9/9/2014).

Aponto ser inviável pretender-se afastar o princípio da insignificância com extrapolação do fato imputado aos recorridos, ou seja, valendo-se do suposto prejuízo que furtos iguais aos denunciados implicam à vítima.

Conclui-se, portanto, que não justifica a movimentação da cara e abarrotada máquina judiciária a subtração de energia elétrica em montante irrisório e que pode ser cobrado por outros meios não penais, cujo valor, inclusive, já foi ressarcido. Cuida-se de fato que dispensa a insurgência punitiva, *ultima ratio* da interferência controladora estatal.

Diante do exposto, com o parecer, divirjo do nobre relator e voto no sentido de negar provimento ao recurso ministerial, a fim de manter incólume a decisão que rejeitou a denúncia.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, contra o parecer, deram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º Vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 12 de dezembro de 2016.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0008494-63.2013.8.12.0008 - Corumbá
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

APELAÇÃO – PENAL – DESDENHAR, HUMILHAR, MENOSPREZAR OU DISCRIMINAR PESSOA IDOSA, POR QUALQUER MOTIVO – CONFISSÃO, PALAVRA DA VÍTIMA E PROVA TESTEMUNHAL – CONDENAÇÃO MANTIDA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA INJÚRIA – IMPOSSIBILIDADE – PENA-BASE – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – REDUÇÃO INCABÍVEL – NÃO PROVIMENTO.

Impossível acolher a pretensão absolutória quando comprovada a materialidade e a autoria delitiva por meio da confissão, corroborada pelos relatos da vítima e da prova testemunhal.

Não há falar em desclassificação para o crime de injúria, uma vez que ao humilhar sua genitora (pessoa idosa), incidiu o acusado na figura típica do art. 96, § 1º, da Lei n.º 10.741/03.

Demonstrado que a perversidade e frieza do acusado à prática do delito transbordou o natural para tais ocorrências, resta impossível não concluir pela negativação da circunstância judicial atinente à culpabilidade.

Apelação defensiva a que se nega provimento, ante a perfeita apuração das provas e aplicação da lei penal ao caso concreto.

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, com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido em parte o Revisor.

Campo Grande, 7 de novembro de 2016.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Trata-se de apelação interposta por Laércio Velasquez de Oliveira contra a sentença (f. 94/99) que o condenou a 07 (sete) meses e 14 (catorze) dias de reclusão, em regime aberto, pela prática delituosa do art. 96, § 1º (desdenhar, humilhar, menosprezar ou discriminar pessoa idosa, por qualquer motivo), da Lei n.º 10.741/03.

Pugna pela absolvição aduzindo insuficiência de prova. Alternativamente, requer a desclassificação da conduta para a tipificada no art. 140 (injúria), do Código Penal.

O pleito subsidiário é de redução da pena-base.

Contrarrazões pelo não provimento (f. 120/125).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça opina no mesmo sentido (f. 138/148).

VOTO

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

Trata-se de apelação interposta por Laércio Velasquez de Oliveira contra a sentença (f. 94/99) que o condenou a 07 (sete) meses e 14 (catorze) dias de reclusão, em regime aberto, pela prática delituosa do art. 96, § 1º (desdenhar, humilhar, menosprezar ou discriminar pessoa idosa, por qualquer motivo), da Lei n.º 10.741/03.

Aos 16 de setembro de 2013, por volta das 8h, na residência localizada na Rua Colombo n.º 2.072, em Corumbá, o acusado desdenhou, humilhou, menosprezou e discriminou a idosa Matilde Velasquez de Oliveira, sua genitora, mediante as seguintes palavras ofensivas: "*sua porcaria, aleijada, vagabunda, prostituta*"; sendo que tal situação perdura há algum tempo.

Processado e condenado, pugna pela absolvição aduzindo insuficiência probatória. Alternativamente, requer a desclassificação da conduta para a tipificada no art. 140 (injúria), do Código Penal.

A materialidade e a autoria delitivas consubstanciam-se no "boletim de ocorrência" (f. 06/08) e declarações prestadas pela vítima e testemunhas.

Inquirido, Laércio admitiu ter ofendido a vítima (arquivo audiovisual - f. 79).

Matilde também confirmou os fatos narrados na denúncia, dizendo que constantemente é ofendida pelo acusado. Relatou que na data dos fatos foi humilhada por Laércio, o qual lhe chamou de "*porcaria, aleijada, vagabunda e prostituta*" (arquivo audiovisual - f. 79).

De bom alvitre ressaltar que o depoimento da vítima em infrações dessa natureza é revestido de intenso valor probatório, uma vez que tais delitos ocorrem geralmente na clandestinidade, sem a presença de testemunhas oculares.

Nesse sentido colhe-se na jurisprudência:

> *A palavra da vítima merece maior relevância nos casos de delitos cometidos no ambiente doméstico, pois, via de regra, são cometidos na intimidade familiar, longe de testemunhas oculares.*[1]

> *Nos delitos envolvendo violência doméstica, normalmente praticados na clandestinidade, longe de quaisquer testemunhas, a palavra da vítima ganha extrema relevância probante, mormente quando apoiada em outros indícios, como na espécie.*[2]

Não obstante, embora os crimes tenham sido praticados em ambiente familiar, os fatos foram presenciados por Solange Nunes e Leida Maria Silva Velasques, as quais foram uníssonos em confirmar a versão trazida pela vítima, reafirmando os xingamentos proferidos pelo acusado e a humilhação sofrida por Matilde (arquivos audiovisuais - f. 79).

1 TJRO, Ap 0004368-64.2013.8.22.0501, 2ª Câm. Crim., rel. Des. Miguel Monico Neto, j. 01/10/2014, DJ 16/10/2014.

2 TJMG, Ap 1.0026.09.041769-7/001, rel. Des. Eduardo Machado, j 07/10/2014, DJ 13/10/2014.

Sendo assim, amoldando-se a conduta imputada na figura típica do art. 96, § 1º, da Lei n.º 10.741/03, não há falar em desclassificação para injúria (art. 140, do Código Penal).

Nesse ponto, oportuno transcrever os fundamentos utilizados pelo julgador singular, *verbis* (f. 96):

> *Diferentemente do que afirma a defesa, o crime descrito no artigo 96, § 1º, do Estatuto do Idoso, não requer que o desdenho, a humilhação, o menosprezo e a discriminação seja feita em razão da idade, pois o delito fala que 'incorre nas mesma pena quem desdenhar, humilhar, menosprezar ou descriminar pessoa idosa, por qualquer motivo.'*
>
> *Assim, sendo a pessoa idosa (fator idade) humilhada, menosprezada, desdenhada e discriminada, já basta para a tipificação formal do delito.*
>
> *(...)*
>
> *Como no caso em tela, a idade não foi fator preponderante para o desencadeamento das humilhações, a tipificação do delito está perfeita."*
>
> *A propósito:*
>
> *"Para a configuração do crime previsto no artigo 96, § 1º, da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) basta a conduta de desdenhar ou menosprezar o idoso, não importando o motivo. Daí porque impossível, no caso analisado, a desclassificação para o crime de injúria.*[3]

Nesse contexto, é de se manter a condenação.

Pugna a defesa, ainda, pelo afastamento da culpabilidade como circunstância judicial negativa.

Acerca da dosimetria da pena é necessário ponderar:

> *Não existe um critério ideal que solucione todos os casos passíveis de análise, uma vez que a dosagem da pena-base está relacionada a fatos concretos, evidenciados a partir da ocorrência do crime, acrescido dos atributos pessoais do próprio acusado, os quais, em conjunto, definem a necessidade de maior ou menor reprovação do delito.*
>
> *Cada crime guarda sua particularidade, pois as circunstâncias que norteiam sua prática, os resultados que produz, o grau de sua gravidade em concreto, tudo isso somente poderá ser valorado a partir de elementos próprios colhidos no decorrer da instrução criminal.*[4]

Ao discorrer sobre os parâmetros da individualização da pena, Guilherme de Souza Nucci oferece preciosas lições:

> *A pena justa pode ser atingida, dentro das limitações do juiz e dos critérios legislativos. Melhor buscar incessantemente o equilíbrio entre o mínimo e o máximo do que se contentar com a pena-padrão, ofensiva ao princípio constitucional da individualização da pena. (...)*
>
> *Atingir patamares superiores ao mínimo legal, previsto no tipo penal incriminador, não somente é possível como, sem dúvida, desejável. (...)* [5]

3 TJDF, Ap 2013.09.1.010453-7, 2ª T. Crim., rel. Des. Cesar Laboissiere Loyola, j. 13/08/2015.

4 SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**. 7 ed., *Jus Podivm*, 2012, p. 163.

5 **Individualização da pena**. 4 ed., São Paulo: RT, 2011, p. 322/323.

A culpabilidade, no artigo 59 do Código Penal, deve ser entendida como a "*reprovação social que o crime e o autor do fato merecem*".[6]

Nesse sentido, não há como acolher a pretensão defensiva, porquanto a situação enfrentada pela vítima de constantes humilhações praticadas pelo acusado realmente transborda o "comum" para tais ocorrências, justificando a valoração desfavorável do vetor.

Desse modo, mantém-se inalterada a pena-base aplicada.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto pelo Laércio Velasquez de Oliveira.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Revisor)

Divirjo do e. Relator para dar parcial provimento ao recurso a fim de reduzir a pena-base da condenação do recorrente pelo crime previsto no art. 96, § 1º, da Lei n. 10.741/2003.

A pena foi majorada em razão da culpabilidade e dos antecedentes.

A valoração negativa da culpabilidade deve ser mantida considerando o fundamento lançado na sentença de que em decorrência das humilhações sofridas a vítima idosa pelo seu filho não sabe mais o que fazer, demonstrando maior grau de reprovabilidade da conduta do agente. Nesse ponto que justifica o aumento, não há falar em julgamento por outros atos além do denunciado.

Por outro lado, quanto aos antecedentes adotados para o aumento da pena, ficou expressamente consignado que se referiu a condenação que não serve como reincidência, o que não pode ser admitido.

Isso porque, não é possível que se considere como maus antecedentes a condenação transitada em julgado que não pode ser considerada como agravante da reincidência, nos termos do art. 64, I do CP, sob pena de ofensa indireta à referida norma (Cf. STF. HC 119200, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 11/02/2014, Processo Eletrônico DJe-048 Divulg 11-03-2014 public 12-03-2014).

Na hipótese, conforme análise dos documentos de p. 41-42, aos quais se reporta a sentença, constata-se a anotação de apenas uma condenação transitada em julgado em 07.02.2006, a qual teve extinta a punibilidade em 1.3.2007, ou seja, há mais de cinco anos da data dos fatos aqui apurados, ocorridos em 16.9.2013.

Sendo assim, a pena-base deve ser reduzida proporcionalmente ao afastamento da valoração negativa dos antecedentes, para 6 meses e 22 dias de reclusão, em regime aberto, mantendo-se demais comandos da sentença.

Ante o exposto, divirjo do e. Relator para dar parcial provimento ao recurso de Laércio Velasquez de Oliveira a fim de que seja reduzida a pena-base da condenação do recorrente pelo crime previsto no art. 96, § 1º, da Lei n. 10.741/2003.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Vogal)

Acompanho o Relator.

6 NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena.** 2. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 171.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido em parte o revisor.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 07 de novembro de 2016.

***

2ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0038194-03.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Carlos Eduardo Contar

AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL – ROUBO – CONTINUIDADE DELITIVA – AUSÊNCIA DE UNIDADE DE DESÍGNIOS – NÃO PROVIMENTO.

Para a configuração do crime continuado não basta que sejam praticados crimes da mesma espécie com similitudes de tempo, lugar e execução, afigurando-se indispensável a unidade de desígnios, de sorte que não cabe a aplicação do benefício quando o agente comete 02 (dois) roubos de modo totalmente aleatório, volitivamente desconectados.

Agravo de execução penal defensivo a que se nega provimento, dada a independência subjetiva entre os delitos praticados.

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, com o parecer, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator, vencido o 1º Vogal.

Campo Grande, 12 de dezembro de 2016.

Des. Carlos Eduardo Contar - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar.

Advaugles Pinheiro Froes ou Floes interpõe agravo de execução penal objetivando a reforma da decisão (f. 106/108) que indeferiu seu pedido de reconhecimento da continuidade delitiva entre as guias de recolhimento n.º 0500006-40.2000.8.12.0001 e 0500011-91.2002.8.12.0001.

Sustenta estarem presentes todos os requisitos para o reconhecimento da continuidade delitiva, principalmente por serem delitos de idêntica natureza e praticados em datas bastante próximas (f. 01/09).

Contrarrazões pelo não provimento (f. 114/125).

O juízo *a quo* manteve seu entendimento pelos próprios fundamentos (f. 126).

A d. Procuradoria-Geral de Justiça manifesta-se pelo não provimento (f. 134/137).

VOTO

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

Advaugles Pinheiro Froes ou Floes interpõe agravo de execução penal objetivando a reforma da decisão (f. 106/108) que indeferiu seu pedido de reconhecimento da continuidade delitiva entre as Guias de Recolhimento nº 0500006-40.2000.8.12.0001 e 0500011-91.2002.8.12.0001.

Consta nos autos que o reeducando cumpre pena total de 79 (setenta e nove) anos e 01 (um) mês de reclusão, pela prática dos crimes de homicídio, receptação, falsificação de documento público, uso de documento falso e diversos roubos (f. 10/14).

A denúncia (f. 57/60) relativa à primeira condenação narra que, aos 06 de janeiro de 1998, por volta de 22h30min, na residência situada na Rua Visconde de Suassuma, nº 853, Bairro Tijuca I, em Campo Grande, em unidade de desígnios com Wagner Lopes da Silva e mediante grave ameaça e violência exercida com o emprego de arma de fogo, o sentenciado subtraiu uma carteira contendo documentos pessoais e a importância de R$ 10,00 (dez reais), pertencentes à Claudemir Trazzi.

Na ocasião, ainda renderam Ana Luzia Ramires Espínoza Trazzi, esposa da primeira vítima, e acertaram disparo de arma de fogo em Mário Luís de Quadros, que passava pelo local e interveio contra o assalto.

Já a denúncia (f. 72/74) relativa ao segundo crime relata que, aos 23 de janeiro de 1998, por volta das 11 h, juntamente com Iro Alves dos Santos, o reeducando dirigiu-se ao estabelecimento comercial denominado "Cerealista Dracena", localizado na Avenida Mascarenhas de Morais, nº 3333, Bairro Coronel Antonino, em Campo Grande, onde abordou a vítima José Carlos Ferreira, mediante uso de um revólver, anunciando o assalto, obrigando-lhe a abrir o cofre e manter-se deitada no chão.

Neste delito, o recorrente e seu comparsa subtraíram R$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) em espécie e tickets alimentação.

Como cediço, para a configuração do crime continuado, é necessário que sejam da mesma espécie, praticados com similitudes de tempo, lugar e execução, e que haja unidade de desígnios.

Sobre o assunto, explica a doutrina que "*é fundamental que o agente, ao dar inícios às infrações penais, tenha o objetivo de atingir todas elas. Da primeira à última, tudo é parte de um só programa orgânico (...) somente deveria ter direito ao reconhecimento desse benefício legal o agente criminoso que demonstrasse ao juiz o seu intuito único, o seu propósito global, vale dizer, evidenciasse que, desde o princípio, ou pelo menos durante o iter criminis, tinha o propósito de cometer um crime único.*"[1]

Analisando-se as infrações cometidas, percebe-se que, embora possuam algumas circunstâncias fáticas assemelhadas, derivam de desígnios absolutamente autônomos, independentes e desvinculados entre si, ou seja, não houve o aproveitamento da conduta primitiva para o desencadeamento da outra.

Na verdade, tais delitos são fruto da personalidade antissocial do agravante, que é um criminoso habitual e jamais, em momento algum, objetivou empreender um crime único.

Acerca da diferenciação entre a continuidade delitiva e a reiteração criminosa, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> *O crime continuado é medida de política criminal tendente a conferir tratamento menos gravoso ao agente, que se vê na contingência da prática de vários comportamentos unidos por um fio condutor – o último seria como a conclusão do primeiro. A hipótese, contudo, revela habitualidade delitiva que, ao contrário, traduz uma opção de vida voltada para a prática de crimes.*[2]

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 7 ed., São Paulo: RT, 2007, p. 420/421.

2 REsp 109.6614/RS, 6ª T., rel.ª Min.ª Maria Thereza de Assis Moura, j. 24/08/2009.

No mesmo sentido, a título ilustrativo, estão os seguintes julgados: HC 109.622/RS, 5ª T., rel. Min. Felix Fischer, j. 18/09/2008; HC 47.552/SP, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 29/08/2007; HC 26.331/RJ, 6ª T., rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 15/03/2007; e HC 37.420/SP, 5ª T., rel. Min. Gilson Dipp, j. 22/02/2005.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto por Advaugles Pinheiro Froes Ou FloeS.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (1º Vogal)

Relembrando. Trata-se de agravo em execução penal interposto por Advaugles Pinheiro Froes ou Floes contra decisão que indeferiu pedido de reconhecimento de continuidade delitiva entre as condenações oriundas das GR n. 0500006-40.2000.8.12.0001 e GR n. 0500011-91.2002.8.12.0001.

O Relator, Des. Carlos Eduardo Contar, negou provimento ao agravo.

Divirjo.

Da leitura da decisão agravada (f. 170-172), observo que o magistrado indeferiu o pedido de reconhecimento de continuidade delitiva por entender que: "*ainda que presentes os requisitos de ordem objetiva (mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar de execução e crimes da mesma espécie), se ausente o requisito de ordem subjetiva (unidade de desígnios), ou seja, a reiteração criminosa indicadora de delinquência contumaz habitual ou profissional ordinária, fica descaracterizado o crime continuado*."

Não desconheço o posicionamento jurídico acerca da necessidade do preenchimento de requisito subjetivo para o reconhecimento da continuidade delitiva.

Porém, não vislumbro a necessidade do elemento volitivo para a caracterização do crime continuado, até porque é doutrinariamente reconhecido que o código penal brasileiro adotou a teoria objetiva[3], dispensando o elemento subjetivo.

Anoto que não se pode confundir a norma brasileira com a teoria adotada no Código Penal Italiano (1974) a qual exige o 'mesmo desígnio criminoso'.

Ao se analisar o art. 71, do CP, que estabelece a figura da continuidade delitiva, constata-se claramente que o legislador não exigiu qualquer elemento de ordem subjetiva para a aplicação da referida figura penal, mas apenas os objetivos, quais sejam, *"a prática por um agente de mais de uma ação ou omissão, de dois ou mais crimes, da mesma espécie, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes"*.

No parágrafo único do mesmo dispositivo permite-se a aplicação da norma aos crimes dolosos contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça, vejamos:

> *Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.* (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984.)

Os crimes julgados nos presentes autos apresentam todos os requisitos exigidos para o reconhecimento da continuidade delitiva já que são da mesma espécie, foram cometidos em condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes, vejamos:

3 Bitencourt, Cézar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral.** 19 ed. São Paulo: Saraiva, p . 790.

A GR n. 0500006-40.2000.8.12.0001 decorre de condenação do agravante à pena de cinco anos e quatro meses de reclusão em razão da prática, em 06 de janeiro de 1998, do crime de roubo majorado pelo concurso de agentes com Wagner Lopes da Silva e pelo emprego de arma de fogo para empregar a violência e a grave ameaça exercida, para subtrair carteira contendo documentos pessoais e a importância de R$ 10,00, pertencentes à Claudemir Trazzi, em Campo Grande-MS.

A GR n. 0500011-91.2002.8.12.0001 foi gerada pela condenação do agravante às penas de 06 anos de reclusão em razão da prática, em 23 de janeiro de 1998, do crime de roubo majorado, pelo concurso de agentes com Iro Alves dos Santos, e emprego de arma de fogo para empregar a violência e a grave ameaça exercida para a subtração de R$ 1.200,00 reais do estabelecimento comercial "Cerealista Dracena", em Campo Grande-MS.

Os crimes inclusive foram cometidos em lapso temporal muito inferior a 30 (trinta) dias, requisito objetivo já consagrado pela jurisprudência.

De tal forma, a não aplicação do benefício sob o fundamento de que não praticado com unidade de desígnios impõe condição mais severa não prevista na lei vigente, o que impõe a reforma da decisão, aplicando-se a pena de um só dos crimes reconhecidos, aumentada nos limites da lei penal.

Nesse sentido:

> *AGRAVO EM EXECUÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. 1 - Uma vez presentes os requisitos da continuidade delitiva - art. 71 do CP - não há como negar a unificação das penas sob o argumento da habitualidade delitiva, cuja aferição, na prática, não pode partir do só fato de o sujeito ter cometido quatro delitos de roubo em curtíssimo espaço de tempo e outro delito cuja pena não busca o reconhecimento da continuidade delitiva. A distinção daquele que faz do crime o seu meio de vida (tido por criminoso habitual) daquele criminoso eventual que comete inúmeros delitos em continuidade delitiva, é tão sutil quanto subjetiva. 2 - O fato dos crimes terem sido cometidos em cidades vizinhas, em ambientes diversos visando a bens distintos, com comparsas diferentes, não é suficiente para afastar a conclusão do reconhecimento da continuidade delitiva, pois se trata de quatro crimes de roubo, todos duplamente majorados pelo concurso de agentes e pelo emprego de arma, praticados num intervalo temporal inferior a 30 dias entre o primeiro e o último da cadeia delituosa. Precedentes desta Corte. Agravo defensivo parcialmente conhecido e, na parte em que conhecido, provido.* (TJ/RS. Agravo Nº 70055016810, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 04/09/2013. Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/09/2013)

Dessa forma, aplico o disposto no art. 71, do CP por reconhecer a continuidade delitiva nos delitos.

Ademais, compete ao Juízo da Execução Penal, conforme prevê o art. 66, III, "a", *in fine,* da Lei n. 7.210/84, realizar a unificação das penas, de modo que, reconhecido o crime continuado (art. 71, parágrafo único, do CP), a fim de evitar a supressão de instância no que tange à fixação da pena, determino que nova dosimetria seja realizada pelo Juízo singular recorrido.

Diante do exposto, divergindo do nobre relator, voto no sentido de dar provimento ao recurso de Advaugles Pinheiro Froes ou Floes para reconhecer a figura da continuidade delitiva nas condenações pelos crimes de roubo majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo, praticados em 06 e 23.01.1998, remetendo ao Juízo da Execução Penal o redimensionamento da pena aplicada nos termos supracitados.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, com o parecer, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o 1º Vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

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

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 12 de dezembro de 2016.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000074-13.2007.8.12.0030 - Brasilândia
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – PESCA ILEGAL – PRELIMINAR DEFENSIVA – PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA – ACOLHIDA – MÉRITO PREJUDICADO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – PROVIDO.

Sendo a pena aplicada de 01 ano de detenção, o prazo prescricional a ser considerado é de 04 anos, de forma que, nos termos do disposto no art. 109, inciso V, do Código Penal, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva entre a data do recebimento da denúncia e a sentença, pois ultrapassou o referido limite temporal. Com o reconhecimento da prescrição, resta prejudicada a análise do mérito do recurso, vez que com a declaração de extinção da punibilidade, são apagados todos os efeitos da condenação.

Com o parecer, acolho a preliminar levantada pela defesa e reconheço a prescrição da pretensão punitiva, motivo pelo qual declaro a extinção da punibilidade dos apelantes Genivaldo Ramiro dos Santos e Neudair da Silva.

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, com o parecer, acolher a preliminar e julgar extinta a punibilidade dos apelantes pela prescrição, restando prejudicada a análise do mérito.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2017.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tratam os autos de apelação criminal interposta por Genivaldo Ramiro dos Santos e Neudair da Silva, condenados pela prática do crime previsto no art. 34, *caput* e parágrafo único, inciso II, da Lei n. 9.605/98, a pena de 01 (um) ano de detenção, em regime inicial fechado.

Nas razões recursais de fls. 251-255 e 256-260, suscitam a preliminar de extinção da punibilidade pela prescrição e, caso superada a preliminar, no mérito, a absolvição por falta de provas.

O Ministério Público nas contrarrazões de fls. 511-514, pugna pelo provimento dos recursos, reconhecendo a prescrição.

Parecer da Procuradoria de Justiça as fls. 279-285 pelo acolhimento da preliminar e ao final, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Tratam os autos de apelação criminal interposta por Genivaldo Ramiro dos Santos e Neudair da Silva, condenados pela prática do crime previsto no art. 34, *caput* e parágrafo único, inciso II, da Lei n. 9.605/98, a pena de 01 (um) ano de detenção, em regime inicial fechado.

Nas razões recursais de fls. 251-255 e 256-260, suscitam a preliminar de extinção da punibilidade pela prescrição e, caso superada a preliminar, no mérito, a absolvição por falta de provas.

Passo a analisar.

A preliminar de prescrição da pretensão punitiva deve ser acolhida.

A denúncia foi recebida em 11 de fevereiro de 2010 (fl. 89), sendo a sentença proferida e registrada em 20 de fevereiro de 2015 (fls. 224-227 e 228).

Não houve nesse intervalo a ocorrência de causas interruptivas, suspensivas ou impeditivas do lapso prescricional.

O artigo 110, § 1º, do Código Penal, dispõe que a prescrição depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de desprovido o seu recurso, regula-se pela pena aplicada *in concreto*.

Aplicável também ao caso a Súmula 146 do STF: *"A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação."*

Dessa forma, sendo a pena de 01 ano de detenção, o prazo prescricional a ser considerado é de 04 anos, de forma que, nos termos do disposto no art. 109, inciso V, do Código Penal, ocorreu a prescrição da pretensão punitiva entre a data do recebimento da denúncia e a sentença, pois ultrapassou o referido limite temporal.

Colaciono a jurisprudência sobre o tema:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EXAMINADA COM BASE NA SENTENÇA CONDENATÓRIA. LAPSO TEMPORAL OCORRENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE ESTATAL RELACIONADA À PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 147 DO CÓDIGO PENAL. LESÃO CORPORAL LEVE PERPETRADA NO ÂMBITO DOMÉSTICO OU FAMILIAR. LEI MARIA DA PENHA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. ART. 44, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *1. Ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória para a Acusação e levando-se em consideração a pena aplicada, verifica-se a ocorrência da extinção da punibilidade estatal pela prescrição da pretensão punitiva retroativa relacionada ao crime de ameaça (art. 147 do Código Penal), porquanto restou transcorrido o lapso temporal superior aos 02 (dois), contado da última causa interruptiva, na forma do art. 107, inciso IV, c.c. os arts. 109, inciso VI (redação anterior à Lei n.º 12.234/2010), e 110 § 1.º, todos do Código Penal. (...)*
>
> *3. Agravo regimental parcialmente provido, somente para declarar extinta a punibilidade estatal quanto ao crime previsto no art. 147 do Código Penal, em face da*

> *ocorrência superveniente da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 107, inciso IV, c.c. Os arts. 109, inciso VI (redação anterior à Lei n.º 12.234/2010), e 110, § 1.º, todos do Código Penal.* (AgRg no Resp 1206429 - Quinta Turma – Relatora Ministra Laurita Vaz – Julg. 27/03/2012)

Com o reconhecimento da prescrição, resta prejudicado a análise do mérito do recurso, vez que com a declaração de extinção da punibilidade, são apagados todos os efeitos da condenação.

Neste sentido:

> *(...) Com efeito, uma vez declarada extinta a punibilidade pelo Tribunal de origem, nos termos do art. 107, IV, do Código Penal, mostra-se patente a falta de interesse do recorrente em obter a absolvição em face de suposta ausência de elementos para a condenação, em virtude dos amplos efeitos do reconhecimento deste instituto. (...)* (Medida Cautelar Nº 20.244 - GO (2012/0240560-5) Relator : Ministro Og Fernandes; 13/11/2012)

Com o parecer, acolho a preliminar levantada pela defesa e reconheço a prescrição da pretensão punitiva, motivo pelo qual declaro a extinção da punibilidade dos apelantes Genivaldo Ramiro dos Santos e Neudair da Silva.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, acolheram a preliminar e julgaram extinta a punibilidade dos apelantes pela prescrição, restando prejudicada a análise do mérito.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 16 de fevereiro de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000597-84.2013.8.12.0007 - Cassilândia
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL – CRIME DE CONCUSSÃO – FALTA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O FATO CONSTITUA CRIME – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA – NÃO PROVIDO.

O acervo probatório testemunhal é uníssono acerca da boa condição econômica da suposta vítima, sendo que inclusive seu esposo, afirmou que o valor da consulta foi exigido pela secretária do hospital e que pago o valor foi dado o recibo de pagamento e ainda disse que teria como arcar com o valor da referida consulta médica, sem qualquer prejuízo ao orçamento familiar e que foi avisado pela funcionária do hospital de que o atendimento seria particular e não pelo SUS. No mesmo sentido, são as declarações das funcionárias do hospital, todas ouvidas em juízo, confirmaram que a cobrança da consulta foi realizada por praxe do hospital em triagem realizada pelos atendentes acerca das pessoas que possuem condições econômicas, de forma que para o SUS somente eram encaminhadas as que não possuíam recursos financeiros. Afirmaram que o médico não teve qualquer participação na cobrança. E, que as próprias atendentes por conhecer a suposta vítima e seu esposo, sabendo ser este advogado, encaminharam aquela para atendimento particular. Foi dito ainda que caso o paciente exigisse o atendimento pelo SUS, assim era feito, que não foi o caso da vítima. Absolvição mantida.

Com o parecer, nego provimento ao recurso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, com o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 9 de março de 2017.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual visando a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido acusatório e absolveu o acusado Carlos Roberto Lucente Geremonte da prática do delito de concussão (artigo 316, do Código Penal), em face da vítima Franceska Freitas dos Santos, em razão da ausência efetiva de provas de que houve exigência de quantia indevida à vítima secundária.

Inconformado com a sentença, o Ministério Público interpôs recurso de apelação as fls. 184-196 requerendo a condenação do apelado Carlos Roberto Lucente Geremonte às penas do artigo 316, do Código Penal, aduzindo a existência de provas suficientes para a condenação do réu.

A defesa apresentou contrarrazões as fls. 199-213, requerendo o não provimento do recurso e a manutenção integral da sentença.

Parecer da Procuradoria de Justiça as fls. 220-230 pelo não provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Estadual visando a reforma da sentença que julgou improcedente o pedido acusatório e absolveu o acusado Carlos Roberto Lucente Geremonte da prática do delito de concussão (artigo 316, do Código Penal), em face da vítima Franceska Freitas dos Santos, em razão da ausência efetiva de provas de que houve exigência de quantia indevida à vítima secundária.

Inconformado com a sentença, o Ministério Público interpôs recurso de apelação as fls. 184-196 requerendo a condenação do apelado Carlos Roberto Lucente Geremonte às penas do artigo 316, do Código Penal, aduzindo a existência de provas suficientes para a condenação do réu.

Passo a analisar.

A sentença invectivada está assim fundamentada:

> *Cuida-se de infração ao artigo 316 do Código Penal, em que o denunciado Carlos Roberto Lucente Geremonte é acusado de exigir, para si, diretamente, em razão de sua função, vantagem indevida.*

Pois bem, dispõe o artigo 316 do Código Penal que:

> *Art. 316 - Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:*
>
> *Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa.*
>
> *No caso, o elemento principal do tipo penal é 'exigir vantagem indevida em razão da função'.*
>
> *Segundo o Ministério Público, o acusado, na condição de médico conveniado do SUS, não poderia exigir da vítima secundária verba honorária médica, por ser ela paciente do SUS.*
>
> *Ocorre que, pelas provas produzidas, não restou comprovada qualquer exigência do médico de vantagem indevida, em razão da função.*
>
> *Pelo que restou apurado pelas provas produzidas em Juízo, principalmente pelos depoimentos das secretárias do hospital, quais sejam, Rosilda Alves da Silva, Horacinda Nantes Coelho e Maria Aparecida Pereira, na época dos fatos, no hospital Santa Casa, além de serem realizados atendimentos pelo SUS, atendia-se, também, os pacientes particulares e advindos de convênios.*
>
> *Assim, após a consulta pelo médico que se encontrava de plantão no hospital e, poderia atender pelo SUS, particulares e convênio, considerando as boas condições econômicas da vítima secundária, as secretárias lhe exigiram o pagamento dos honorários médicos.*

> *Destaca-se que, inicialmente, não houve qualquer tratativa a respeito do atendimento, ou seja, se seria pelo SUS ou seria particular, sendo que o fato narrado na inicial ocorreu somente após a consulta.*
>
> *Portanto, entendendo que a paciente seria particular, face ao prévio conhecimento de sua condição de vida, as secretárias do hospital exigiram dela verba relativa aos honorários médicos.*
>
> *Ora, a verba apenas seria indevida caso o médico acusado tivesse exigido o pagamento da paciente e, também, recebido do SUS por tal serviço concomitantemente, fato que, comprovadamente, não ocorreu, conforme declaração de fl. 173. Ou ainda, se a paciente tivesse comprovado necessitar dos serviços do SUS, todavia, restou amplamente comprovado que ela possui condições financeiras de arcar com os honorários médicos, tanto que, inclusive, seu marido Leandro Moraes Gonçalves afirmou em Juízo que o pagamento dos honorários sequer afetou o orçamento familiar.*
>
> *Portanto, como não há provas de que o acusado tenha exigido quantia indevida da vítima secundária, a absolvição é medida que se impõe.*

Não merece qualquer reparo a bem lançada sentença.

Como bem mencionou a i. Procuradora de Justiça – Dra. Jaceguara Dantas da Silva Passos em trecho que colaciono:

> *Isto porque apesar de a vítima secundária Franceska Freitas dos Santos afirmar que, à época dos fatos, apresentou seu Cartão Nacional de Saúde (Cartão do SUS) à recepção da Santa Casa, em busca no endereço eletrônico www.cartaosus.com.br/consulta-carta-sus não foi possível localizar o cadastro mediante inserção do nome da mesma, nem mesmo consta o número do referido Cartão na Ficha de Atendimento Ambulatorial preenchido à época cuja cópia consta às fls. 15.*
>
> *Ademais, entre os documentos pessoais da mencionada vítima secundária não consta cópia do mencionado Cartão Nacional de Saúde.*
>
> *Tais elementos, ao ver desta Procuradoria de Justiça, retiram a credibilidade da informação a respeito da alegada apresentação do Cartão do SUS no dia, hora e local dos fatos.*
>
> *Ainda, após observar os depoimentos prestados pelas testemunhas funcionárias do mencionado Hospital, resta claro que a triagem a respeito da condição econômica dos pacientes era tarefa administrativa que não foi efetuada pelo acusado e sim pelo setor de recepção.*
>
> *(...)*
>
> *Ressalte-se que também restou comprovado pelos documentos anexados aos autos que, à época, a Santa Casa de Cassilândia realizada, inclusive durante os plantões, atendimento pelo SUS, por convênios ou mesmo de forma particular, que foi justamente o caso em tela.*

Além disso, o acervo probatório testemunhal é uníssono acerca da boa condição econômica da suposta vítima, sendo que inclusive seu esposo, afirmou que o valor da consulta foi exigido pela secretária do hospital e que pago o valor foi dado o recibo de pagamento e ainda disse que teria como arcar com o valor da referida consulta médica, sem qualquer prejuízo ao orçamento familiar e que foi avisado pela funcionária do hospital de que o atendimento seria particular e não pelo SUS - depoimento judicial a fl. 135 (arquivo de áudio).

No mesmo sentido, são as declarações de Rosilda Alves da Silva e Maria Aparecida Pereira, ambas de plantão no dia e horário dos fatos, bem como Horacinda Nantes Coelho, funcionária do hospital, todas ouvidas em juízo a fl. 114 (arquivo de áudio), confirmaram que a cobrança da consulta foi realizada por praxe do hospital em triagem realizada pelos atendentes acerca das pessoas que possuem condições econômicas, de forma que para o SUS somente eram encaminhadas as que não possuíam recursos financeiros. Afirmaram que o médico não teve qualquer participação na cobrança. E que as próprias atendentes por conhecer a suposta vítima e seu esposo, sabendo ser este advogado, encaminharam aquela para atendimento particular. Foi dito ainda que caso o paciente exigisse o atendimento pelo SUS, assim era feito, que não foi o caso da vítima.

O que se verifica é a fragilidade das provas contra o réu como bem constou na sentença, indicando que não praticou qualquer ato criminoso.

Oportuna a lição de Nucci:

> *Merece consideração, ainda, o confronto de falhas. Imputado ao réu o furto. Afirmado pelo acusado o estado de necessidade. Ônus da prova pertence a ambos (acusação e defesa). Nenhum dos dois consegue desempenhar seu encargo de maneira satisfatória e convincente. É justamente o que permite gerar a dúvida no espírito do julgador. Este poderá sentir-se inseguro de que o réu foi o autor do furto e, caso fosse, se teria agido em estado de necessidade. Ora, in dubio pro reo, devendo ocorrer absolvição. As falhas probatórias das partes terminam por incitar a utilização do princípio da presunção de inocência associado à prevalência do interesse do réu: o caminho é a permanência do estado de inocência, não desfigurado pela propositura da ação penal.*

A condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis que demonstrem o delito e a autoria, não bastando nem mesmo a alta probabilidade desta ou daquela.

Oportuna a exposição de Nucci:

> *Como ensina Carrara, 'a certeza está em nós; a verdade está nos fatos' (Programa del curso de derecho criminal dictado em la Real Universidad de Pisa, v. 2, p. 291). Dessa forma, observa-se ser a descoberta da verdade sempre relativa, pois o que é verdadeiro para uns, pode ser falso para outros (cuida-se da verdade subjetiva).*
>
> *(...)*
>
> *A parte deve convencer o magistrado, valendo-se dos variados recursos proporcionados pelo raciocínio lógico, de que a sua noção da realidade é correta, isto é, de que os fatos se deram no plano real exatamente como está descrito em sua petição. Convencendo-se disso, o magistrado, ainda qeu possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão. Quando forma sua convicção, ela pode ser verdadeira (corresponde à realidade – verdade objetiva) ou errônea (não corresponde à realidade – verdade subjetiva), mas jamais falsa, que é um 'juízo não verdadeiro'. Sustentar que o juiz atingiu uma convicção falsa seria o mesmo que dizer que o julgador atingiu uma 'certeza incerta', o que é um contra-senso.*[1]

A matéria prequestionada foi analisada ainda que implicitamente.

Mantenho a absolvição de Carlos Roberto Lucente Geremonte, nos termos da sentença monocrática absolutória.

Com o parecer, nego provimento ao recurso.

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. São Paulo: RT, 2009

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 09 de março de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação nº 0004898-89.2013.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Dorival Moreira dos Santos

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS – VENDA DE 451 DVD's FALSIFICADOS – ATIPICIDADE – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E ADEQUAÇÃO SOCIAL – INAPLICABILIDADE – PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – CABÍVEL REDUÇÃO PARA O MÍNIMO LEGAL – PARCIALMENTE PROVIDO.

De acordo com o entendimento pacífico do STJ (Súmula 502) é típica a conduta de comercializar cópias contrafeitas de 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.

Redução da prestação pecuniária. Considerando que a ré foi condenada à pena privativa de liberdade no mínimo legal, sendo que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP são todas favoráveis, é de ser reconhecida a desproporcionalidade do *quantum* fixado à prestação pecuniária, devendo ser reduzida, de modo a torná-la exequível. Desse modo, embora fixada dentro dos parâmetros legais, a prestação deve ser reduzida para 01 (um) salário mínimo, tendo em vista que a acusada exerce a profissão de vendedora autônomo, bem como foi patrocinada pela Defensoria Pública.

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para reduzir a prestação pecuniária ao valor de 01 (um) salário mínimo.

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, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 2 de fevereiro de 2017.

Des. Dorival Moreira dos Santos - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Trata-se de apelação criminal interposta por Lucimara dos Santos Almeida contra a sentença que a condenou pela prática do crime previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no regime inicial aberto, substituída por restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária de cinco salários mínimos.

Segundo a denúncia:

> *(...)*
>
> *Depreende-se do caderno inquisitorial que, no dia 14 de julho de 2007, aproximadamente às 20h50min, na 'Feira Livre', localizada na Rua Cuiabá, centro, o primeiro denunciado, com intuito de lucro direto, expunha à venda 760 (setecentos e sessenta) DVD's falsificados, e ainda, a segunda increpada, também com intuito de lucro direto, fazia exposição para fins comerciais, de 451 (quatrocentos e cinquenta e um) DVD's falsificados, cada qual em sua respectiva 'barraca'.*
>
> *(...)* – fl. 02.

Em suas razões recursais de fls. 295-312, pugna para que seja reconhecida a atipicidade do fato, aplicando-se os princípios da intervenção mínima e da adequação social, bem como o princípio da insignificância. Subsidiariamente, requer a redução da prestação pecuniária para o mínimo legal, alegando que a pena de prestação pecuniária foi elevada sem fundamentação (fls. 166-178). Prequestionou a vigência dos artigos 182, § 2º, e 45, § 1º, ambos do Código Penal e artigo 93, IX, da Constituição Federal.

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pelo não provimento do recurso (fls. 318-336).

No parecer de fls. 343-351, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo parcial provimento do recurso, apenas para que seja reduzido o quantum fixado para a pena substitutiva de prestação pecuniária.

VOTO

O Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Lucimara dos Santos Almeida contra a sentença que a condenou pela prática do crime previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no regime inicial aberto, substituída por restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária de cinco salários mínimos.

Segundo a denúncia:

> *(...)*
>
> *Depreende-se do caderno inquisitorial que, no dia 14 de julho de 2007, aproximadamente às 20h50min, na 'Feira Livre', localizada na Rua Cuiabá, centro, o primeiro denunciado, com intuito de lucro direto, expunha à venda 760 (setecentos e sessenta)DVD's falsificados, e ainda, a segunda increpada, também com intuito de lucro direto, fazia exposição para fins comerciais, de 451 (quatrocentos e cinquenta e um) DVD's falsificados, cada qual em sua respectiva 'barraca'.*
>
> *(...)* – fl. 02.

Em suas razões recursais de fls. 295-312, pugna para que seja reconhecida a atipicidade do fato, aplicando-se os princípios da intervenção mínima e da adequação social, bem como o princípio da insignificância. Subsidiariamente, requer a redução da prestação pecuniária para o mínimo legal, alegando

que a pena de prestação pecuniária foi elevada sem fundamentação (fls. 166-178). Prequestionou a vigência dos artigos 182, § 2º, e 45, § 1º, ambos do Código Penal e artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Princípio da Insignificância

A comercialização de DVDs e CDs não pode ser tolerada nem considerada atípica, pois embora contumaz, viola seriamente os direitos autorais, além de causar prejuízos ao Fisco, à indústria fonográfica nacional e aos comerciantes regularmente estabelecidos.

Desse modo, o fato de a população adquirir de forma habitual produtos piratas, não torna a conduta socialmente adequada e não tem o condão de impedir a incidência do tipo previsto no art. 184, § 2º, do Código Penal.

Nesse sentido, em recente julgado se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

> *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 CDS 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.* (STF; HC-RO 115.986; ES; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz Fux; Julg. 14/08/2013; DJE 16/08/2013)

Ainda a respeito do tema, cumpre destacar que o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que é típica a conduta de comercializar cópias contrafeitas de CD's e DVD's editando a Súmula 502, *in verbis:*

> *SÚMULA 502 - Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas.*

Ademais, os crimes relacionados à pirataria não são, no mais das vezes, cometidos isoladamente, fazendo parte do chamado crime organizado, causando prejuízos incalculáveis para toda a sociedade, de maneira que a tolerância estatal com esse tipo de delito deve ter um fim.

Portanto, não há falar em atipicidade da conduta praticada pela apelante que expôs à venda DVDs falsificados.

Prestação pecuniária

Por fim, alega a defesa que a prestação pecuniária foi fixada de forma exacerbada e sem a devida fundamentação, além da ré não possuir condições financeiras para arcar com o valor.

As circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP foram todas favoráveis à ré, sendo a reprimenda do delito de violação de direito autoral aplicada no mínimo legal, de forma que a exasperação na fixação da pena pecuniária não se justifica.

Conforme o que dispõe o artigo 45, § 1º, do CP, os limites para sua fixação são entre 01 (um) e 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos, devendo ser considerado, para sua fixação, além da extensão do dano, a condição econômica do condenado.

Desse modo, embora fixada dentro dos parâmetros legais (cinco salários mínimos) – tendo em vista que a apelante exerce a profissão de vendedora autônoma e que não há informação atual sobre sua renda – a prestação pecuniária deve ser reduzida para 01 (um) salário mínimo.

É certo que não pode ficar isento de pena, tampouco esta pode ser diminuída de forma a se tornar irrisória. Contudo, na hipótese, um salário mínimo como condenação é valor capaz de cumprir o caráter retributivo da pena.

Na doutrina de Schmitt[1]: *"todo condenado possui o direito de obter uma pena justa, proporcional ao ato ilícito praticado e em sintonia com sua condição pessoal individualizada"*.

A redução da pena pecuniária atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, diante da condição financeira do apelante e suas circunstâncias judiciais terem sido favoráveis na fixação da pena-base.

Neste sentido, ensina mais uma vez Schmitt[2]: *"Logicamente o valor deverá ser estabelecido entre o mínimo e o máximo previstos em abstrato e deve se amoldar ao caso concreto evidenciado, a partir da situação econômica do sentenciado, do dano a ser reparado, dentre outros fatores"*.

Nessa trilha:

> *(...)* ***Se a pena corporal foi fixada no mínimo legal e não havendo nos autos informações acerca de sua renda mensal, tendo, sido, inclusive, assistido por Defensor Público, mister se faz a fixação da pena substitutiva de prestação pecuniária no mínimo legal, nos termos dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade***. (TJ-MG - APR: 10382120019767001 MG , Relator: Agostinho Gomes de Azevedo, Data de Julgamento: 11/06/2015, Câmaras Criminais/7ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 19/06/2015) - destaquei.

Além disso, a ré foi patrocinada pela Defensoria Pública, o que, de certa forma, denota a sua dificuldade financeira.

Dispositivo

Em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para reduzir a prestação pecuniária ao valor de 01 (um) salário mínimo.

1 SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**. Salvador: ed Jus Podium, 2009. P. 77.

2 *Op Cit*. p. 260.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Francisco Gerardo de Sousa e Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Campo Grande, 02 de fevereiro de 2017.

***

Seção Criminal
Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000274-73.2014.8.12.0030/50000 - Brasilândia
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CRIMINAL – DANO QUALIFICADO – ART. 163, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO III, CÓDIGO PENAL – PAREDE DE CELA DESTRUÍDA – DOLO ESPECÍFICO DE VIOLAÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO – INEXISTENTE – ABSOLVIÇÃO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O elemento subjetivo do tipo penal previsto no artigo 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal é o dolo e a finalidade do agente deve ser unicamente a de destruir, inutilizar ou deteriorar a coisa alheia.

Comunga-se do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o crime de dano ao patrimônio público, quando praticado por preso para facilitar a fuga, exige o dolo específico (*animus nocendi*) de causar prejuízo ou dano ao bem público.

Conduta atípica.

Infringentes providos para decretar a absolvição dos réus, na forma do art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal. Contra o parecer da PGJ.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, prover os Embargos Infringentes, nos termos do voto do Relator, vencidos o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e o Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2016.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator, em substituição.

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Everton Teixeira dos Santos, Willian Ferreira dos Santos e Willian Romulo Martins da Silva, já qualificados nos autos em epígrafe, interpõem embargos infringentes contra acórdão prolatado em apelação que, por maioria, deu provimento ao recurso ministerial, nos termos do voto do relator, vencido o 2º Vogal.

A defesa alega que os réus foram denunciados como incursos nas penas do artigo 163, parágrafo único, inciso III do Código Penal.

Todavia, o juízo de primeiro grau julgou improcedente a pretensão acusatória, absolvendo-os com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o Ministério Público apelou, postulando pela reforma da sentença, prosseguindo-se a ação penal.

A Segunda Câmara Criminal, por maioria, proveu o recurso ministerial, nos termos do voto do relator, vencido o 2º Vogal.

Todavia, o embargante objetiva a prevalência do voto dissidente, proferido pelo e. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, o qual negou provimento ao recurso de apelação, absolvendo os embargantes, mantendo incólume a sentença de primeiro grau.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso às fls. 14-19.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Everton Teixeira dos Santos, Willian Ferreira dos Santos e Willian Romulo Martins da Silva, já qualificados nos autos em epígrafe, interpõem Embargos Infringentes contra acórdão prolatado em apelação que, por maioria, deu provimento ao recurso ministerial, nos termos do voto do relator, vencido o 2º Vogal.

A defesa alega que os réus foram denunciados como incursos nas penas do artigo 163, parágrafo único, inciso III do Código Penal.

Todavia, o juízo de primeiro grau julgou improcedente a pretensão acusatória, absolvendo-os com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o Ministério Público apelou, postulando pela reforma da sentença, prosseguindo-se a ação penal.

A Segunda Câmara Criminal, por maioria, proveu o recurso ministerial, nos termos do voto do relator, vencido o 2º Vogal.

Todavia, o embargante objetiva a prevalência do voto dissidente, proferido pelo e. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, o qual negou provimento ao recurso de apelação, absolvendo os embargantes, mantendo incólume a sentença de primeiro grau.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso às fls. 14-19.

Pois bem. Os embargos infringentes são tempestivos e preenchem os demais pressupostos de admissibilidade, devendo ser conhecido.

Em seu voto, o e. Des. Ruy Celso Barbosa Florence assim julgou (fls. 290-292):

> *(...) É apelo interposto pelo Ministério Público Estadual contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da vara Única da comarca de Brasilândia que absolveu sumariamente os apelados Everton Teixeira dos Santos, Willian Ferreira dos Santos e Willian Romulo Martins da Silva do crime previsto no art. 163, § único, inciso III, do Código Penal (dano ao patrimônio público).*
>
> *Pugna pela reforma da sentença, a fim de dar prosseguimento à ação penal em face dos apelados.*

O e. Relator, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, dá provimento ao recurso ministerial para regular prosseguimento do feito.

Vou divergir.

Consta na denúncia que: no dia 17/02/14, por volta das 04:25 horas, na Rua Ídolo Guastaldi, 465, Centro, na Comarca de Brasilândia/MS, os denunciados Willian Ferreira dos Santos, Everton Teixeira dos Santos e Willian Rômulo Martins da Silva, agindo em concurso, isto é, previamente ajustado e com unidade de desígnios, deterioraram a cela n. 02 da Cadeia Pública de Brasilândia.

No caso vertente não há narrativa que relacione o ato concreto dos apelados para configurar o crime de dano, fato elementar à imputação, ou seja, requisitos que poderiam oferecer substrato a uma persecução criminal minimamente admissível.

A análise do núcleo do tipo do crime de dano previsto no art. 163, do CP deixa clara a impossibilidade de condenação.

'Art. 163. Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:'

Na sentença, o magistrado singular bem fundamentou a absolvição dos apelados. Vejamos:

Imputa-se aos réus Willian Ferreira dos Santos, Everton Teixeira dos Santos e Willian Rômulo Martins da Silva a prática do crime de dano ao patrimônio público, tipificado no art. 163, § único, inciso III, do Código Penal, por terem eles, segundo a narra a denúncia, danificado parte da cela n. 02 da Cadeia Pública local, abrindo um buraco na parede, de onde logo após empreenderam fuga.

Nos termos do art. 397, inciso III, do Código de Processo Penal, apresentada a defesa preliminar deverá o juiz absolver sumariamente os acusados se verificado que o fato narrado evidentemente não constitui crime.

É o que ocorre nesta ação penal, que deve ser julgada improcedente diante da atipicidade da conduta.

A própria denúncia narra que os réus abriram um buraco na parece para empreenderem fuga, restando clara essa finalidade.

Portanto, a conduta dos denunciados não se revestiu do dolo específico necessário à caracterização do delito de dano, o que afasta a tipicidade da conduta por ausência do elemento subjetivo específico, leia-se animus nocendi. (...)

Fiel às considerações expostas, julgo improcedente a pretensão acusatória e absolvo, com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal CPP, os réus Willian Ferreira dos Santos, Everton Teixeira dos Santos e Willian Rômulo Martins da Silva da acusação que lhes foi imputada nesta ação penal.

Na espécie, o requisito dolo específico não se vislumbra, em que pese os apelados, de fato, tenham danificado o patrimônio público, certo que o fizeram visando, tão somente, à fuga da cadeia.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Vejamos:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DANO QUALIFICADO. PATRIMÔNIO PÚBLICO. BURACO NA PAREDE DA CELA. FUGA DE PRESO. DOLO ESPECÍFICO (ANIMUS NOCENDI). AUSÊNCIA. AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO. ILEGALIDADE PATENTE RECONHECIDA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM EX OFFICIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário. 2. Segundo entendimento desta Corte, a destruição de patrimônio público (buraco na cela) pelo preso que busca fugir do estabelecimento no qual encontra-se encarcerado não configura o delito de dano qualificado (art. 163, parágrafo único, inciso III do CP), porque ausente o dolo específico (animus nocendi), sendo, pois, atípica a conduta. 3. Flagrante ilegalidade detectada na espécie. 4. Writ não conhecido, mas concedida a ordem, ex officio, para trancar a ação penal, por falta de justa causa. (STJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 13/05/2014, T6 - Sexta Turma).

Assim, para a configuração do crime de dano, como reiteradamente vêm entendendo as Cortes Superiores, exige-se o animus nocendi, ou seja, a vontade de causar prejuízo patrimonial a outrem; o dolo específico.

Logo, deve ser mantida a absolvição dos apelados pela atipicidade da conduta.

Diante do exposto, contra o parecer, divirjo do e. Relator e, mantenho na íntegra a sentença de 1º grau que absolveu os apelados."

Por seu turno, o e. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, cujo voto prevaleceu, proveu o recurso ministerial. Vejamos:

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - DANO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO – ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA - RECURSO MINISTERIAL – PRETENDIDO PROSSEGUIMENTO DO FEITO - AGENTES QUE DANIFICAM A PAREDE DA CELA DA DELEGACIA PARA EMPREENDER FUGA – INEXIGÊNCIA DO DOLO ESPECÍFICO - RECURSO PROVIDO.

Comete o crime de dano qualificado o preso que, para fugir, danifica a parede da cela da Delegacia de Polícia. O crime de dano exige, para a sua configuração, apenas o dolo genérico.

(...)

V O T O

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Narra-se na denúncia que, no dia 17/02/14, por volta das 04:25 horas, na Rua Ídolo Guastaldi, 465, Centro, na Comarca de Brasilândia/MS, os denunciados Willian Ferreira dos Santos, Everton Teixeira dos Santos e Willian Rômulo Martins da Silva, agindo em concurso, isto é, previamente ajustado e com unidade de desígnios, deterioraram a cela n. 02 da Cadeia Pública de Brasilândia.

O Ministério Público recorre da sentença que absolveu sumariamente os denunciados, por infração ao art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal, com fulcro no art. 397, III, CPP (o fato narrado não constitui crime).

Pois bem.

Há indícios de autoria e materialidade do fato delituoso, consistentes nos autos de apreensão, declarações das testemunhas, fotografias e laudos periciais.

Apesar de o magistrado ter entendido que a conduta dos apelados é atípica, analisando-se o art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal, extrai-se que o tipo penal não exige o fim específico de prejudicar e causar dano, bastando o dolo genérico.

Assim já decidiu o STF:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE DANO. PRESO QUE DANIFICA A CELA PARA FUGIR. EXIGÊNCIA APENAS DO DOLO GENERICO. CP, art. 163, paragrafo único, III. I. - Comete o crime de dano qualificado o preso que, para fugir, danifica a cela do estabelecimento prisional em que está recolhido. Cod. Penal, art. 163, parág. único, III. II. - O crime de dano exige, para a sua configuração, apenas o dolo genérico. III. - H.C. Indeferido. (STF, HC 73189, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 23/02/1996, DJ 29-03-1996 PP-09346 EMENT VOL-01822-02 PP-00250)

Nesse sentido, trago julgados deste Sodalício:

APELAÇÃO – PENAL – DANO CONTRA O PATRIMÔNIO PÚBLICO – AMEAÇA – RESISTÊNCIA, DESACATO E DESOBEDIÊNCIA – MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS – EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA QUE NÃO EXCLUI A CULPABILIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA – AGENTE QUE PARA RESISTIR À PRISÃO DESACATA E DESOBEDECE OS POLICIAIS – ITER CRIMINIS – ABSOLVIÇÃO QUANTO AOS DELITOS DOS ARTIGOS 330 E 331, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, DIANTE DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS – DIMINUIÇÃO – PROVIMENTO PARCIAL.

Estando demonstrado por fotografias, depoimentos de testemunhas e policiais que o réu destruiu patrimônio público, torna-se inviável pleito absolutório. (...) (Apelação Nº 0002838-02.2011.8.12.0007, Segunda Câmara Criminal, Rel. Designado Des. Carlos Eduardo Contar, j. 8/07/13)

APELAÇÃO CRIMINAL – DANO QUALIFICADO – PRESO QUE SERRA GRADE DE CELA PARA EMPREENDER FUGA – ALEGADA INEXISTÊNCIA DO ANIMUS NOCENDI – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – EXIGÊNCIA APENAS DO DOLO GENÉRICO – IMPROVIMENTO.

A conduta de preso que serra grade da cela para fugir há de ser tipificada no artigo 163, parágrafo único, III, do Código Penal, uma vez que houve a vontade livre e consciente do agente em querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo, ou seja, o dolo genérico. (Apelação Criminal n. 2002.000207-1, Primeira Turma Criminal, Relator Des. Rui Garcia Dias, j. 07/05/2002).

APELAÇÃO CRIMINAL – DANO QUALIFICADO – FUGA DE PRESO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – DESTRUIÇÃO DE GRADE DA CELA – CONDUTA TÍPICA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AFASTADO – PENA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O recluso que para tentar fugir da prisão destrói ou inutiliza a grade da cela, sabedor de que sua ação causa prejuízo ao patrimônio público, comete o crime previsto no artigo 163, parágrafo único, III, do Código Penal, que se configura ante a presença do simples dolo genérico.

Não pode ser considerado insignificante o delito praticado pelo réu, se não há prova do prejuízo causado ao erário que, a princípio, não se revela ínfimo, além de que os antecedentes do acusado afastam a caracterização da figura.

As circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem apreciadas pelo julgador, autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal. (Apelação Criminal n. 2007.001016-7, Primeira Turma Criminal, Relator Des. Gilberto da Silva Castro, j. 27/02/2007).

APELAÇÃO CRIMINAL – DANO QUALIFICADO – ALEGADA INEXISTÊNCIA DO ANIMUS NOCENDI – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – PRESO QUE EVADIU DA DELEGACIA QUEBRANDO AS ALGEMAS – IMPOSSIBILIDADE – EXIGÊNCIA APENAS DO DOLO GENÉRICO – REDUÇÃO DA PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE – PENA FIXADA CONFORME OS DITAMES LEGAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL – EXCLUSÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – CERTIDÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA ANTERIOR AO DELITO EXPOSTO NOS AUTOS – CONCURSO DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – PREPONDERÂNCIA DA ATENUANTE – INTELIGÊNCIA DO ART. 67 DO CP – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A conduta de preso que quebra a algema para fugir há de ser tipificada no artigo 163, parágrafo único, III, do Código Penal, uma vez que houve a vontade livre e consciente do agente em querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo, ou seja, o dolo genérico. (...). (Apelação Criminal n. 2007.014816-7, Segunda Turma Criminal, Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j. 11/07/2007).

APELAÇÃO CRIMINAL – DANO EM PATRIMÔNIO PÚBLICO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA – CONFISSÃO CORROBORADA PELAS PROVAS DOS AUTOS – PRESO QUE DANIFICA A CELA PARA EMPREENDER FUGA – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA – IMPOSSIBILIDADE – ATENDIMENTO AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL – IMPROVIDO.

Se as provas dos autos deixam evidente que o preso contribuiu para a destruição da cela da Cadeia Pública para empreender fuga, deve ser mantida a condenação.

Não se modifica a pena se o magistrado atendeu ao disposto no art. 59 do Código Penal para fixá-la. (Apelação Criminal n. 2007.012688-6, Primeira Turma Criminal, Relatora Des. Marilza Lúcia Fortes, j. 26/06/2007).

A doutrina, por seu turno, também não é pacífica em relação ao tipo subjetivo do crime de dano, como se percebe dos ensinamentos do Prof. Damásio:

Assim, responde por dano qualificado o preso que danifica a cela a fim de fugir, uma vez que o motivo tendente à fuga não exclui o elemento subjetivo próprio do crime. Dizer que o preso não comete crime porque não tem a intenção específica de causar prejuízo ao patrimônio público não é correto. Se o preso tem vontade e consciência de destruir ou inutilizar a grade que o prende, tem claramente vontade de causar dano, e, em face disso, de prejudicar. O fim, que é alcançar a liberdade, não tem força de excluir o elemento subjetivo próprio do delito qualificado. (Código Penal Anotado, 17ª ed. atual., 2ª tiragem, ed. Saraiva, São Paulo, 2006, p. 622).

No mesmo sentido, o entendimento de Mirabete:

O dolo é a vontade de praticar uma das condutas previstas no dispositivo. Divergência surge quanto à necessidade ou não da existência do elemento subjetivo do tipo (dolo específico), que seria a vontade de causar prejuízo (animus nocendi).

A maioria dos doutrinadores, entretanto, dispensa a existência da finalidade de causar prejuízo, apoiada em corrente jurisprudencial, entendendo que a intenção de prejudicar está compreendida na própria ação criminosa. (Júlio Fabbrini Mirabete, Manual de Direito Penal, vol. II, ed. Atlas, 17ª ed., p. 271).

Desta forma, tratando-se de conduta relevante para o Direito Penal, com o parecer, dou provimento ao recurso ministerial para reformar a sentença que absolveu sumariamente os ora apelados Willian Ferreira dos Santos, Everton Teixeira dos Santos e Willian Rômulo Martins da Silva, determinando o regular prosseguimento do feito (...)

Pois bem.

Transcrevo o artigo 163, III, do Código Penal:

Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

(...)

III - contra o patrimônio da União, Estado, Município, empresa concessionária de serviços públicos ou sociedade de economia mista;

Tudo bem ponderado, ouso divergir do voto condutor, eis que entendo que o crime de dano contra o patrimônio público por pessoa presa, na ocasião da tentativa da fuga, só é verificado quando patente o dolo específico de causar prejuízo ou dano ao bem público, caso contrário a conduta é atípica.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já sedimentou seu entendimento:

HABEAS CORPUS Nº 162.662 - MG (2010/0027699-2) RELATOR: MINISTRO NEFI CORDEIRO IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS ADVOGADO: MARINA LAGE PESSOA DA COSTA - DEFENSORA PÚBLICA IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS PACIENTE: DEIGSON DIENE DIAS FERNANDES (PRESO) EMENTA PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CABIMENTO. CRIME DE DANO QUALIFICADO PRATICADO CONTRA O PATRIMÔNIO PÚBLICO. TENTATIVA DE FUGA DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO (ANIMUS NOCENDI). ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO E ESTENDIDA AOS CO-RÉUS. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recurso especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. ***Consoante entendimento firmado por esta Corte, o delito de dano ao patrimônio público, quando praticado por preso para facilitar a fuga da prisão, exige o dolo específico (animus nocendi) de causar prejuízo ou dano ao bem público. Precedentes. 3. Habeas corpus não conhecido, mas, de ofício, concedida a ordem para declarar atípica a conduta do paciente, estendendo os efeitos do julgamento aos co-réus conforme o artigo 580, CPP.*** grifei (STJ *Habeas Corpus* nº 162.662 - MG (2010/0027699-2) Relator: Ministro Nefi Cordeiro)

Portanto, ao menos em relação ao fato descrito na denúncia, a prova dos autos é realmente insuficiente à comprovação do dolo necessário à tipificação da conduta.

Nesse sentido, colho precedente desta Corte:

> *APELAÇÃO CRIME. DANO QUALIFICADO. RECURSO MINISTERIAL. AVARIAS CAUSADAS DURANTE TENTATIVA DE FUGA DEDELEGACIA. DOLO DE DANO. INEXISTÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. Consoante reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de justiça, as avarias causadas em estabelecimento prisional, durante a tentativa de fuga de presos, não tipifica o delito dedano qualificado CP, art. 163, parágrafo único, iii), diante da ausência do dolo específico de danificar patrimônio da administração pública.* (TJMS; APL 0000893-95.2008.8.12.0035; Iguatemi; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Manoel Mendes Carli; DJMS 26/06/2014; Pág. 49)

Quanto ao prequestionamento aventado, esclareço que a matéria foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão da *vexata quaestio* se confundir com o tema debatido.

Destarte, ante o exposto, contra o parecer, dou provimento aos infringentes a fim de que absolver, com fulcro no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, os réus Willian Ferreira dos Santos, Everton Teixeira dos Santos e Willian Rômulo Martins da Silva da acusação que lhes foi imputada, nos termos do voto do 2º Vogal, Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Revisora)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Vogal)

O Rel. Des. Francisco Gerardo de Sousa está provendo os embargos infringentes, a fim de absolver os embargantes do crime de dano qualificado.

Divirjo do Relator para manter integralmente meu voto de relatoria proferido em sede de apelação criminal, *in verbis* (n. fls. 287-290):

> *(...)*
>
> *Há indícios de autoria e materialidade do fato delituoso, consistentes nos autos de apreensão, declarações das testemunhas, fotografias e laudos periciais.*
>
> *Apesar de o magistrado ter entendido que a conduta dos apelados é atípica, analisando-se o art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal, extrai-se que o tipo penal não exige o fim específico de prejudicar e causar dano, bastando o dolo genérico.*
>
> *Assim já decidiu o STF:*
>
> *PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE DANO. PRESO QUE DANIFICA A CELA PARA FUGIR. EXIGÊNCIA APENAS DO DOLO GENERICO. CP, art. 163, parágrafo único, III. I. - Comete o crime de dano qualificado o preso que, para fugir, danifica a cela do estabelecimento prisional em que está recolhido. Cod. Penal, art. 163, parág. único, III. II. - O crime de dano exige, para a sua configuração, apenas o dolo genérico. III. - H.C. Indeferido.* (STF, HC 73189, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 23/02/1996, DJ 29-03-1996 PP-09346 Ement Vol-01822-02 PP-00250)

Nesse sentido, trago julgados deste Sodalício:

APELAÇÃO – PENAL – DANO CONTRA O PATRIMÔNIO PÚBLICO – AMEAÇA – RESISTÊNCIA, DESACATO E DESOBEDIÊNCIA – MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS – EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA QUE NÃO EXCLUI A CULPABILIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA – AGENTE QUE PARA RESISTIR À PRISÃO DESACATA E DESOBEDECE OS POLICIAIS – ITER CRIMINIS – ABSOLVIÇÃO QUANTO AOS DELITOS DOS ARTIGOS 330 E 331, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, DIANTE DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO – PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS – DIMINUIÇÃO – PROVIMENTO PARCIAL.

Estando demonstrado por fotografias, depoimentos de testemunhas e policiais que o réu destruiu patrimônio público, torna-se inviável pleito absolutório. (...) (Apelação nº 0002838-02.2011.8.12.0007, Segunda Câmara Criminal, Rel. Designado Des. Carlos Eduardo Contar, j. 8/07/13)

APELAÇÃO CRIMINAL – DANO QUALIFICADO – PRESO QUE SERRA GRADE DE CELA PARA EMPREENDER FUGA – ALEGADA INEXISTÊNCIA DO ANIMUS NOCENDI – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – EXIGÊNCIA APENAS DO DOLO GENÉRICO – IMPROVIMENTO.

A conduta de preso que serra grade da cela para fugir há de ser tipificada no artigo 163, parágrafo único, III, do Código Penal, uma vez que houve a vontade livre e consciente do agente em querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo, ou seja, o dolo genérico. (Apelação Criminal n. 2002.000207-1, Primeira Turma Criminal, Relator Des. Rui Garcia Dias, j. 07/05/2002).

APELAÇÃO CRIMINAL – DANO QUALIFICADO – FUGA DE PRESO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – DESTRUIÇÃO DE GRADE DA CELA – CONDUTA TÍPICA – PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA AFASTADO – PENA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

O recluso que para tentar fugir da prisão destrói ou inutiliza a grade da cela, sabedor de que sua ação causa prejuízo ao patrimônio público, comete o crime previsto no artigo 163, parágrafo único, III, do Código Penal, que se configura ante a presença do simples dolo genérico.

Não pode ser considerado insignificante o delito praticado pelo réu, se não há prova do prejuízo causado ao erário que, a princípio, não se revela ínfimo, além de que os antecedentes do acusado afastam a caracterização da figura.

As circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem apreciadas pelo julgador, autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal. (Apelação Criminal n. 2007.001016-7, Primeira Turma Criminal, Relator Des. Gilberto da Silva Castro, j. 27/02/2007).

APELAÇÃO CRIMINAL – DANO QUALIFICADO – ALEGADA INEXISTÊNCIA DO ANIMUS NOCENDI – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – PRESO QUE EVADIU DA DELEGACIA QUEBRANDO AS ALGEMAS – IMPOSSIBILIDADE – EXIGÊNCIA APENAS DO DOLO GENÉRICO – REDUÇÃO DA PENA-BASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS – CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE – PENA FIXADA CONFORME OS DITAMES LEGAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL – EXCLUSÃO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE – CERTIDÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA ANTERIOR AO DELITO EXPOSTO NOS AUTOS – CONCURSO DA

ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA – PREPONDERÂNCIA DA ATENUANTE – INTELIGÊNCIA DO ART. 67 DO CP – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A conduta de preso que quebra a algema para fugir há de ser tipificada no artigo 163, parágrafo único, III, do Código Penal, uma vez que houve a vontade livre e consciente do agente em querer o resultado ou assumir o risco de produzi-lo, ou seja, o dolo genérico. (...). (Apelação Criminal n. 2007.014816-7, Segunda Turma Criminal, Relator Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j. 11/07/2007).

APELAÇÃO CRIMINAL – DANO EM PATRIMÔNIO PÚBLICO – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA – CONFISSÃO CORROBORADA PELAS PROVAS DOS AUTOS – PRESO QUE DANIFICA A CELA PARA EMPREENDER FUGA – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA – IMPOSSIBILIDADE – ATENDIMENTO AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL – IMPROVIDO.

Se as provas dos autos deixam evidente que o preso contribuiu para a destruição da cela da Cadeia Pública para empreender fuga, deve ser mantida a condenação.

Não se modifica a pena se o magistrado atendeu ao disposto no art. 59 do Código Penal para fixá-la. (Apelação Criminal n. 2007.012688-6, Primeira Turma Criminal, Relatora Des. Marilza Lúcia Fortes, j. 26/06/2007).

A doutrina, por seu turno, também não é pacífica em relação ao tipo subjetivo do crime de dano, como se percebe dos ensinamentos do Prof. Damásio:

Assim, responde por dano qualificado o preso que danifica a cela a fim de fugir, uma vez que o motivo tendente à fuga não exclui o elemento subjetivo próprio do crime. Dizer que o preso não comete crime porque não tem a intenção específica de causar prejuízo ao patrimônio público não é correto. Se o preso tem vontade e consciência de destruir ou inutilizar a grade que o prende, tem claramente vontade de causar dano, e, em face disso, de prejudicar. O fim, que é alcançar a liberdade, não tem força de excluir o elemento subjetivo próprio do delito qualificado. (Código Penal Anotado, 17ª ed. atual., 2ª tiragem, ed. Saraiva, São Paulo, 2006, p. 622).

No mesmo sentido, o entendimento de Mirabete:

O dolo é a vontade de praticar uma das condutas previstas no dispositivo. Divergência surge quanto à necessidade ou não da existência do elemento subjetivo do tipo (dolo específico), que seria a vontade de causar prejuízo (animus nocendi).

A maioria dos doutrinadores, entretanto, dispensa a existência da finalidade de causar prejuízo, apoiada em corrente jurisprudencial, entendendo que a intenção de prejudicar está compreendida na própria ação criminosa. (Júlio Fabbrini Mirabete, Manual de Direito Penal, vol. II, ed. Atlas, 17ª ed., p. 271).

Desta forma, tratando-se de conduta relevante para o Direito Penal, com o parecer, dou provimento ao recurso ministerial para reformar a sentença que absolveu sumariamente os ora apelados Willian Ferreira dos Santos, Everton Teixeira dos Santos e Willian Rômulo Martins da Silva, determinando o regular prosseguimento do feito.

Diante do exposto, com o parecer e contra o Relator, nego provimento aos embargos infringentes.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (2º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (3º Vogal)

Acompanho o voto do 1º Vogal.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (4º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (5º Vogal)

Acompanho o voto do relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, proveram os embargos infringentes, nos termos do voto do relator, vencidos o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e o Des. Carlos Eduardo Contar.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2016.

***

3ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0009284-60.2016.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – PRETENDIDA A CONCESSÃO DE DIREITO DE VISITA – IRMÃ DO SENTENCIADO ENCONTRA-SE EM CUMPRIMENTO DE PENA – DIREITO NÃO ABSOLUTO – PENALIDADE NÃO PODE SER ETERNIZADA – RESTRIÇÃO DESPROPORCIONAL – RECURSO PROVIDO.

O artigo 41, inciso X, da Lei de Execução Penal, reconhece o direito de o preso receber visitas do cônjuge, da companheira, de parentes e de amigos. Contudo, tal prerrogativa pode ser suspensa ou restringida, mediante motivação do diretor do estabelecimento prisional, consonante aduz o parágrafo único do referido dispositivo.

Na hipótese dos autos, à medida que impede o direito de visita ao recluso no período de 2 anos e 11 meses é proporcional e aceitável, porém, prolongar essa providência por tempo maior, seria aplicar punição desmedida e incoerente, ao passo que confrontaria diretamente a finalidade da pena, atingindo o caráter ressocializador da norma.

Recurso provido. Contra o parecer da PGJ.

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, contra o parecer, dar provimento ao recurso.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2016.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Trata-se de agravo de execução interposto por Jonathan Alves dos Santos, em face da decisão proferida pelo juízo da 3ª Vara de Criminal da Comarca de Dourados-MS (fls. 26-7), que indeferiu o pedido de visita formulado por sua irmã Aline dos Santos Sobrinho.

Em razões recursais (fls. 35-6), o agravante sustenta, em síntese, que o direito de visita é parte integrante do processo de ressocialização do preso, de tal modo que essa prerrogativa não pode ser negada indefinidamente.

O representante do Ministério Público Estadual apresentou suas contrarrazões (fls. 41-7), requerendo o improvimento do agravo interposto, a fim de que seja mantida *in totum* a decisão agravada.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer (fls. 54-9), opina pelo conhecimento e, no mérito, pelo não provimento do agravo defensivo.

VOTO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Trata-se de agravo de execução interposto por Jonathan Alves dos Santos, em face da decisão proferida pelo juízo da 3ª Vara de Criminal da Comarca de Dourados-MS (fls. 26-7), que indeferiu o pedido de visita formulado por sua irmã Aline dos Santos Sobrinho.

Em razões recursais (fls. 35-6), o agravante sustenta, em síntese, que o direito de visita é parte integrante do processo de ressocialização do preso, de tal modo que essa prerrogativa não pode ser negada indefinidamente.

Era o que me cabia rememorar.

Passo ao exame do recurso.

A decisão impugnada foi proferida nos seguintes termos:

> *(...) O artigo 41, inciso X, da Lei de Execuções Penais, dispõe como um dos direitos do reeducando a visita por seus familiares, contudo, tal não se reveste de caráter absoluto, é necessário analisar as peculiaridades do caso concreto. Neste sentido:*
>
> *DIREITO PENAL. EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. INDEFERIMENTO DE VISITAS. PARENTES CONDENADO POR TRÁFICO DE DROGAS AO INGRESSAR NO PRESÍDIO. DIREITO DE VISITA. NÃO ABSOLUTO. RECURSO DESPROVIDO. 1. O direito de visita aos condenados não se reveste de natureza absoluta ou irrestrita, podendo, perfeitamente, ser restringido ou limitado, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, tudo isso com amparo no parágrafo único do art. 41, X, da LEP. 2. Na hipótese, diante do fato de a requerente já ter sido condenada por tráfico de substância entorpecente, quando se dirigia a um presídio do Distrito Federal com 580 compridos de rohypnol, na cavidade vaginal, recomenda-se maior cautela na concessão de nova autorização para visitar parentes nos presídios do Distrito Federal. 3. Recurso desprovido, unânime.* (TJ-DF - RAG: 20130020279205 DF 0028863-43.2013.8.07.0000, 1ª Turma Criminal, Relator Desembargador Gilberto Pereira de Oliveira, Julgado em 9.1.2014, Publicado no DJE em 21.1.2014).
>
> *Importante salientar que o indeferimento do pedido administrativo se deu porque a requerente foi condenada por tráfico de drogas ao tentar entrar na penitenciária* (f. 181-91).
>
> *O direito de visita ao reeducando não é absoluto ou irrestrito e deve ser exercido sem prejudicar os fins do direito penal e garantia da ordem pública, cabendo às autoridades examinarem os pedidos em suas particularidades.*
>
> *De modo que a permissão de visita deve ocorrer de forma que venha a contribuir na ressocialização do preso e não daquele que de alguma forma está inserido na delinquência, principalmente quando um goza de liberdade. A requerente cumpre pena por tráfico de drogas - tentar entrar com substância entorpecente na unidade prisional (f. 181-91), logo, aceitar que ingresse na Penitenciária gera insegurança na disciplina e ordem do presídio, pois poderá voltar a delinquir.*
>
> *Diante o exposto, com fundamento na segurança pública, indefiro o pedido de visita formulado por Aline dos Santos Sobrinho. (...)*

Diante da sentença acima colacionada, entendo ter o juízo *a quo* obtido pleno acerto quanto a decisão por ele proferida. Todavia, compreendo não ser mais necessária a manutenção de tal reprimenda.

É sabido que o Estado deve buscar mecanismos para garantia da segurança prisional, visando a manutenção do caráter reformador e punitivo da norma, de tal modo que passe a punir quem atente contra essa égide.

Nesse sentido, nota-se que o direito de visita não possui caráter absoluto, sendo este restrito ao cumprimento de medidas de ordem e disciplina que garantam a segurança prisional.

Deste modo, preleciona o artigo 41 da LEP:

> *Art. 41 Constituem direitos do preso:*
>
> *(...)*
>
> *X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;*
>
> *(...)*
>
> *Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.*

Observa-se que o dispositivo acima citado faz menção a "suspensão" ou "restrição" do direito de visita, ao passo que ambas condutas implicam na limitação temporária de tal direito.

Desta forma, não pode o Estado impedir definitivamente que o sentenciado seja privado de sua convivência familiar, ainda que tenha cometido conduta grave, haja vista, que a própria Constituição Federal reconhece a família como sendo a base da sociedade, no qual merece atenção especial do poder público.

Em que pese ao fato de que a irmã do sentenciado no dia 23 de novembro de 2013, fora flagrada na posse de 24 porções de haxixe, tentando adentrar no estabelecimento penal onde encontrava-se o ora agravante, entendo que a mesma não é razão suficiente para obstar *ad enternum* a fruição do direito legalmente previsto, haja vista que Aline, vem cumprindo todas as determinações judiciais, encontrando-se, inclusive, em livramento condicional, conforme infere-se dos autos de execução n° 0001753-64.2014.8.12.0010.

No mais, restringir o direito de visita ao recluso no período de 2 anos e 11 meses é proporcional e aceitável, porém, prolongar essa providência por tempo maior, seria aplicar punição desmedida e incoerente, ao passo que confrontaria diretamente a finalidade da pena, atingindo o caráter ressocializador da norma.

Assim, insta salientar que, quando ocorre a omissão da família em todo processo de cumprimento de pena, seja por ausência de influência positiva ou negativa, dá ensejo a vulnerabilidade do sentenciado perante o sistema prisional, dificultando o processo de regeneração no qual prejudica as perspectivas de melhora do reeducando.

Nesse sentido já decidiu esta corte:

> *AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – DIREITO DE VISITA AO CÔNJUGE PRESO – EMISSÃO CARTEIRA DE VISITAS – POSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO. O fato de a companheira do agravante ter respondido a Termo Circunstanciado não constitui vedação legal ao direito de visita.* ***É assegurado ao preso o direito de receber visitas do cônjuge, em seu art. 41, X, da LEP com o escopo de buscar a almejada ressocialização e reeducação do apenado que retornará ao convívio familiar e social.*** *Recurso provido.* (Relator (a): Des. Ruy Celso Barbosa Florence; Comarca: Dourados;Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 15/02/2016; Data de registro: 29/03/2016) (grifo nosso)

> *AGRAVO EM EXECUÇÃO – PRETENDIDA VISITAÇÃO DO CONVIVENTE QUE SE ENCONTRA PRESO EM ESTABELECIMENTO PENAL – POSSIBILIDADE – AGRAVO PROVIDO.* ***Ainda que tenha sido negado o direito da agravante em visitar seu convivente no presídio, porque teria tentado ingressar no estabelecimento penal com um chip de celular, essa penalidade não deve ser eternizada, sob pena de ferir frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana.*** *É proporcional e razoável a penalidade de impedir a agravante de visitar no perído durante sete meses em face dessa falta, porém, mais tempo seria desproporcional e desrrazoado e causaria efeitos que confrontam as finalidades da pena. Agravo provido.* (Relator (a): Des. Romero Osme Dias Lopes; Comarca: Dourados; Órgão julgador: 1ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 07/07/2015; Data de registro: 28/07/2015) (grifo nosso)

Ademais, destaca-se que a requente preenche os requisitos dispostos no artigo 5º, da Portaria Normativa AGEPEN-MS n° 01, de 30 de novembro de 2010, *verbis:*

> *Art. 5º. Para emissão da carteira de visitante, as pessoas previstas no artigo 2° deverão apresentar os seguintes documentos:*
>
> *(...)*
>
> *§ 3º. O pretendente à visitante* ***envolvido em processo judicial criminal deverá*** *obedecer aos seguintes critérios:*
>
> *(...)*
>
> *II –* ***condenado (a), em livramento condicional, deverá estar cumprindo as condições impostas na Carta de Livramento Condicional e autorização judicial****;*
>
> *(...)*
>
> *§ 5º. Nos casos previstos no §3º deste artigo serão permitidos somente ao cônjuge, à companheira e aos parentes em linha reta e colateral até o segundo grau, como pais, avós, filhos, netos e irmãos.* (Grifo nosso)

Destarte, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, e reconhecendo a importância da convivência familiar no processo de ressocialização do sentenciado, entendo que a medida na qual determinou privação de visita do agravante se fez eficaz e justificável, não sendo mais necessária sua manutenção, em face da perpetualidade da pena.

Ante ao exposto, contra o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou provimento ao agravo interposto para cassar a decisão que impediu Aline dos Santos Sobrinho de visitar seu irmão Jonathan Alves dos Santos, na Penitenciária Estadual de Dourados.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, deram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 15 de dezembro de 2016.

***

Seção Criminal
Mandado de Segurança nº 1409410-68.2015.8.12.0000 - Deodápolis
Relator Des. Francisco Gerardo de Sousa

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – DECISÃO QUE DESTITUI ADVOGADO CONSTITUÍDO POR RÉU EM AÇÃO PENAL PARA ARROLÁ-LO COMO TESTEMUNHA DO JUÍZO – DEVER DE RECUSAR-SE A DEPOR E DE GUARDAR SIGILO PROFISSIONAL – ARTIGOS 7º, XIX, DA LEI 8.906/94 E 207 DO CPP – RECUSA JUSTIFICADA – SEGURANÇA CONCEDIDA.

É ilegítima a decisão judicial que, nos autos de ação penal, destituiu o impetrante da condição de advogado do réu para arrolá-lo como testemunha do juízo, sob a justificativa de que ele "*era o responsável pelo setor jurídico do Município de Deodápolis e encarregado de comunicar eventuais pagamentos e/ou compensações de créditos*".

Ora, a recusa do impetrante em prestar depoimento na qualidade de testemunha do juízo na supracitada ação penal ampara-se na sua condição de advogado do acusado, tanto no respectivo processo crime, como também nos autos da Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa n.° 0800601-76.2014.8.12.0032, relacionada exatamente aos mesmos fatos. Dessa forma, não deve prevalecer a decisão proferida pela autoridade apontada como coatora, na medida em que a lei estabelece como justa a recusa do advogado de prestar depoimento como testemunha em demanda na qual tenha atuado, sobre fato relacionado com pessoa de quem seja advogado ou, ainda, sobre aquilo que saiba em razão do seu ofício, exatamente como ocorre na hipótese dos autos (Inteligência do artigo 7º, inciso XIX da Lei n. 8.906/94, artigo 207 do CPP e artigo 405, § 2º, inciso III do CPC/73 – correspondente ao artigo 447, § 2º, inciso III, do Novo CPC).

Segurança concedida.

Contra o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder a segurança, com as ressalvas da Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 8 de fevereiro de 2017.

Des. Francisco Gerardo de Sousa - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Ady Faria da Silva, em causa própria, impetra Mandado de Segurança, com pedido de liminar, contra decisão prolatada pelo Exmo. Juiz de Direito da Comarca de Deodápolis-MS, no bojo da ação penal por crime de responsabilidade de n° 0800603-46.2014.8.12.0032.

Em sua inicial, o impetrante relata que é advogado e atuou na condição de procurador contratado com inexigibilidade de licitação no município de Deodápolis, na gestão do ex-prefeito Manoel José Martins, o qual figura como réu na noticiada ação penal.

Alega que, em razão de possuir especialização e desempenhar um trabalho honesto e embasado, o ora impetrante ofereceu-se para assumir a integralidade dos processos cíveis e criminais do citado ex-prefeito, ao término de seu mantado, e, por tal razão, encontra-se como mandatário do Sr. Manoel José Martins nos autos da ação penal supracitada, onde este responde pela suposta prática do delito tipificado no artigo 1°, inciso XII, do Decreto-Lei n. 201/67, em continuidade delitiva, em razão de supostamente ter desrespeitado a ordem cronológica de pagamento de seis precatórios, em prejuízo dos demais credores daquele município.

Enfatiza, entretanto, que, para sua surpresa, a autoridade indigitada coatora resolveu destituir o ora impetrante da referida ação penal, bem como o arrolou como testemunha do juízo, sob o fundamento de que, à época dos fatos, era o responsável pelo setor jurídico do município de Deodápolis e encarregado de comunicar eventuais pagamentos e/ou compensações de créditos a este Tribunal e, no mesmo ato, determinou a intimação do réu Manoel José Martins para, em cinco dias, constituir novo advogado.

Sustenta que a referida decisão é descabida e ilegal, "*sendo que este ato estará por ferir a ética e o sigilo profissional dos atos constituídos pelo Cliente*" (*sic*, f. 06). Invoca o disposto no artigo 7º, inciso XIV, do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94), artigo 25 do Código de Ética e Disciplina da OAB e artigo 405, § 2°, inciso III, do Código de Processo Civil, requerendo medida liminar para o fim de suspender o ato coator (decisão) proferida nos autos da Ação Penal n. 0800603-46.2014.8.12.0032.

Requer, ainda, a isenção do recolhimento de custas processuais e depósitos recursais e/ou garantia. Ao final, clama pela concessão da segurança, para o fim de revogar a decisão expressa pelo magistrado de primeira instância.

Instruiu com os documentos de págs. 14/737.

A presente ação constitucional foi distribuída, originariamente, para a 4ª Seção Cível deste Tribunal, sob a relatoria do e. Des. Luiz Tadeu Barbosa Silva, o qual, em decisão proferida às págs. 740/741 dos autos, declinou da competência para o processamento e julgamento do feito, aduzindo que, por tratar-se de *mandamus* contra ato praticado por Juiz que preside ação penal, a competência é da Seção Criminal.

Os autos, então, foram redistribuídos a esta e. Seção Criminal, sob minha relatoria.

Em decisão de págs. 744/749, o pedido de liminar foi parcialmente deferido, "*apenas para suspender o andamento da ação penal de n.° 0800603-46.2014.8.12.0032, até o pronunciamento definitivo deste e. Tribunal acerca da (i)legalidade do ato praticado pela autoridade apontada como coatora*."

Ademais, foi indeferido o benefício de assistência judiciária gratuita e determinado o recolhimento das custas judiciais, as quais foram devidamente juntadas às págs. 759/761.

A autoridade apontada como coatora prestou informações às págs. 755/758, salientando, em especial, que o impetrante, na época dos fatos, era contratado da Prefeitura Municipal de Deodápolis para representar o município nas ações junto ao Tribunal de Justiça e Tribunal de Contas, não havendo como escusá-lo de testemunhar sobre os fatos ocorridos durante sua atuação como funcionário daquele município.

A Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Mato Grosso do Sul, em petição de págs. 769/777, requer sua inclusão no presente feito como assistente simples do impetrante, aduzindo que a matéria debatida no presente *writ* é de interesse daquela instituição e de toda classe de advogados, nos termos dos artigos 44 e 49 da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil).

Ressalta que a decisão do Juiz *a quo* ofende a prerrogativa de sigilo profissional assegurada pelo Código de Ética e Disciplina da OAB, bem como o artigo 207 do Código de Processo Penal, sendo patente a violação a direito líquido e certo do impetrante de se recusar a depor como testemunha em demanda na qual tenha atuado ou atua, tal como ocorre na hipótese. Por tal razão, requer a concessão da segurança, para o fim de revogar em definitivo a decisão proferida pela autoridade apontada com coatora.

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pela denegação da ordem (págs. 793/798).

VOTO (EM 14/12/2016)

O Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa. (Relator)

Ady Faria da Silva, em causa própria, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra decisão prolatada pelo Exmo. Juiz de Direito da Comarca de Deodápolis-MS, no bojo da ação penal por crime de responsabilidade de n.° 0800603-46.2014.8.12.0032.

Em sua inicial, o impetrante relata que é advogado e atuou na condição de procurador contratado com inexigibilidade de licitação no município de Deodápolis, na gestão do ex-prefeito Manoel José Martins, o qual figura como réu na noticiada ação penal.

Alega que, em razão de possuir especialização e desempenhar um trabalho honesto e embasado, o ora impetrante ofereceu-se para assumir a integralidade dos processos cíveis e criminais do citado ex-prefeito, ao término de seu mantado, e, por tal razão, encontra-se como mandatário do Sr. Manoel José Martins nos autos da ação penal supracitada, onde este responde pela suposta prática do delito tipificado no artigo 1°, inciso XII, do Decreto-Lei n. 201/67, em continuidade delitiva, em razão de supostamente ter desrespeitado a ordem cronológica de pagamento de seis precatórios, em prejuízo dos demais credores daquele município.

Enfatiza, entretanto, que, para sua surpresa, a autoridade indigitada coatora resolveu destituir o ora impetrante da referida ação penal, bem como o arrolou como testemunha do juízo, sob o fundamento de que, à época dos fatos, era o responsável pelo setor jurídico do município de Deodápolis e encarregado de comunicar eventuais pagamentos e/ou compensações de créditos a este Tribunal e, no mesmo ato, determinou a intimação do réu Manoel José Martins para, em cinco dias, constituir novo advogado.

Sustenta que a referida decisão é descabida e ilegal, "sendo que este ato estará por ferir a ética e o sigilo profissional dos atos constituídos pelo Cliente" (*sic*, f. 06). Invoca o disposto no artigo 7º, inciso XIV, do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94), artigo 25 do Código de Ética e Disciplina da OAB e artigo 405, § 2°, inciso III, do Código de Processo Civil, requerendo medida liminar para o fim de suspender o ato coator (decisão) proferida nos autos da ação penal n. 0800603-46.2014.8.12.0032.

Requer, ainda, a isenção do recolhimento de custas processuais e depósitos recursais e/ou garantia. Ao final, clama pela concessão da segurança, para o fim de revogar a decisão expressa pelo magistrado de primeira instância.

É o relato do essencial.

A segurança deve ser concedida pelos fundamentos já externados na decisão de deferimento da liminar, os quais transcrevo (págs. 746/749):

(...) Da análise da documentação carreada junto à inicial, verifica-se que o litisconsorte ***Manoel José Martins*** *foi denunciado, nos autos da ação penal de n.° 0800603-46.2014.8.12.0032, como incurso no artigo 1º, inciso XII, do Decreto-Lei n. 201/67, por seis vezes, em continuidade delitiva, porque, segundo consta na inicial acusatória, enquanto ocupava o cargo de Prefeito da cidade de Deodápolis, desrespeitou a ordem cronológica de pagamento de seis precatórios, em prejuízo dos demais credores daquele município.*

Notificado, o réu Manoel José Martins ***constituiu o impetrante, Dr. Ady Faria da Silva, inscrito na OAB/MS sob o n.° 8.521-B, para patrocinar sua defesa na respectiva ação penal, o qual, inclusive, apresentou Defesa Prévia (págs. 700/705) em seu favor, protestando por sua absolvição em face da total ausência de provas.***

O magistrado recebeu a denúncia e designou audiência de instrução e julgamento para interrogatório do acusado e oitiva das testemunhas arroladas.

Contudo, aberta a referida audiência, o d. Juiz singular teve por bem destituir o impetrante da qualidade de advogado do réu e o arrolou como testemunha do juízo, em decisão assim fundamentada (pág. 725):

(...) Tendo em vista que à época dos fatos o advogado Ady Farias da Silva era o responsável pelo setor jurídico do Município de Deodápolis e encarregado de comunicar eventuais pagamentos e/ou compensações de créditos, fica arrolado para depor como testemunha do juízo, razão pela qual o réu sai intimado para constituir novo advogado no prazo de 05 dias para oitiva da testemunha Ady Farias da Silva e Roberto Cirilo, em audiência de quica designada para o dia 09 de novembro de 2015 às 14h50min.

Conforme se observa, a decisão proferida pela autoridade apontada como coatora está fundamentada no fato de que o impetrante, à época da suposta prática delituosa pelo réu, "era o responsável pelo setor jurídico do Município de Deodápolis e encarregado de comunicar eventuais pagamentos e/ou compensações de créditos".

Com a devida vênia ao d. magistrado singular, entendo que a recusa do impetrante em prestar depoimento na condição de testemunha na supracitada ação penal ampara-se na sua condição de advogado representante do réu ***tanto no respectivo processo crime****, como também nos autos da* ***Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa n.° 0800601-76.2014.8.12.0032, relacionada justamente aos mesmos fatos.***

Conforme preceitua o artigo 7º, XIX, da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB), constitui direito do advogado "recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou ***sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado****, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional*".

O Código de Ética e Disciplina da OAB define o sigilo profissional como "inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa" (artigo 25), estabelecendo, ainda, que o profissional da advocacia "***deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte***".

De igual forma, o Código de Processo Penal, ao tratar da matéria, preconiza, em seu artigo 207, que "são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função,

ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar seu testemunho".

Além disso, a questão também deve ser analisada sob o enfoque da norma prevista no artigo 405, § 2º, III, do Código de Processo Civil[1], segundo o qual está impedida de prestar depoimento como testemunha a pessoa "*que intervém em nome de uma parte, como tutor na causa do menor, representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes*".

Nesse contexto, parece evidente a violação do direito líquido e certo do impetrante em face do ato praticado pela autoridade indigitada coatora, na medida em que a lei estabelece como justa a recusa do advogado de prestar depoimento como testemunha ***em demanda na qual tenha atuado; sobre fato relacionado com pessoa de quem seja advogado ou, ainda, sobre aquilo que saiba em razão do seu ofício****, exatamente como ocorre na hipótese dos autos.*

Vale dizer, em outras palavras, que a recusa do impetrante em testemunhar nos autos da ação penal está amparada pelo sigilo profissional, seja porque tomou conhecimento dos fatos em virtude do ***serviço profissional*** ***que desempenhou junto à Prefeitura municipal de Deodápolis*** *ou, ainda, porque* ***representa o acusado em ação penal e em ação civil pública destinadas a apuração dos respectivos fatos.***

*O entendimento consagrado no e. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que "****Tem o advogado o direito-dever de negar-se a depor quando em jogo questão e/ou pessoa postos sob seu patrocínio****." (RSTJ-RT 736/159). – destaquei.*

A jurisprudência dos Tribunais Nacionais é no mesmo sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDATO. COBRANÇA. TESTEMUNHO DE ADVOGADO DE UMA DAS PARTES. RECUSA. ADMISSIBILIDADE. ***Além do impedimento legal (CC. Art. 405, § 2º, III) é prerrogativa do advogado recusar-se a depor contra cliente seu (Estatuto do Advogado, art. 7º, XIX).*** *Correta a dispensa da testemunha se esta, patrona de uma das partes, recusa-se a depor. Decisão mantida. Recurso desprovido.* (TJ-SP - AI: 21862043620148260000 SP 2186204-36.2014.8.26.0000, Relator: Felipe Ferreira, Data de Julgamento: 26/11/2014, 26ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/11/2014) – destaquei.

HABEAS CORPUS - ADVOGADO - DEVER DE GUARDAR SEGREDO PROFISSIONAL - ATIVIDADE TOTALMENTE REGRADA, PREFIXADOS OS MOTIVOS PELO LEGISLADOR, NÃO ADMITINDO AVALIAÇÃO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA OU JUDICIÁRIA - LEI nº 8.906/94 - DEVER DE RECUSAR-SE A DEPOR. ***I - O advogado, em pleno Estado Democrático de Direito, no exercício pleno de seus direitos e prerrogativas, tem o dever de guardar o sigilo profissional "”mesmo quando autorizado ou solicitado por seu constituinte””. II - Não pode o advogado ser constrangido a prestar declarações em inquérito policial, ou no curso da ação penal, arrolado pelas partes no litígio, compromissado ou não, sobre fatos de que tenha ciência em razão de sua condição, direta ou indiretamente, obrigado pela ética e pelo dever absoluto de guarda do segredo****.* (TJ-MG 100000643674100001 MG 1.0000.06.436741-0/000(1), Relator: Walter Pinto da Rocha, Data de Julgamento: 31/05/2006, Data de Publicação: 27/06/2006) – destaquei.

Ademais, entendo que a decisão de destituir o advogado legalmente constituído pelo réu em ação penal, bem como a determinação para que este contrate outro profissional para

1 Correspondente ao artigo 447, § 2º, inciso III, do novo CPC.

representá-lo, são medidas que extrapolam as providências que poderiam ser determinadas pelo Juízo, porquanto revelam ingerência sobre a relação particular mantida entre o acusado e o profissional da advocacia eleito para sua representação judicial. (...)

Ante o exposto, com base em tais fundamentos, voto no sentido de conceder a segurança para cassar a decisão proferida pela autoridade coatora nos autos da ação penal n. 0800603-46.2014.8.12.0032, que destituiu o impetrante, Dr. Ady Faria da Silva, da condição de advogado do réu Manoel José Martins, para arrolá-lo como testemunha do juízo.

É como voto, contra o parecer.

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (3º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Carlos Eduardo Contar. (4º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Adiada a conclusão do julgamento para a sessão de 08/02/2017, em face do pedido de vista da Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, após o relator, o Des. Romero Osme Dias Lopes e o Des. Carlos Eduardo Contar concederem a segurança. Os demais aguardam.

VOTO (EM 08/02/2017)

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (1ª Vogal)

Ady Faria da Silva, em causa própria, impetra mandado de segurança, com pedido de liminar, contra decisão prolatada pelo Exmo. Juiz de Direito da Comarca de Deodápolis-MS, no bojo da Ação Penal por Crime de Responsabilidade de nº 0800603-46.2014.8.12.0032.

Em sua inicial, o impetrante relata que é advogado e atuou na condição de procurador contratado com inexigibilidade de licitação no município de Deodápolis, na gestão do ex-prefeito Manoel José Martins, o qual figura como réu na noticiada ação penal.

Alega que hoje é o impetrante o advogado que defende os interesses do ex-prefeito Manoel José Martins, defende os interesses do mesmo, que é réu nessa ação penal, acusado de crime de responsabilidade, por ter supostamente desrespeitado a ordem cronológica de pagamento de seis precatórios, em prejuízo aos demais credores do município de Deodápolis.

Alega o impetrante que, em razão de possuir especialização e desempenhar um trabalho honesto e embasado, o ora impetrante ofereceu-se para assumir a integralidade dos processos cíveis e criminais do citado ex-prefeito, ao término de seu mantado, e, por tal razão, encontra-se como mandatário e defende os interesses do ex-prefeito Sr. Manoel José Martins nos autos da ação penal supracitada, onde este responde pela suposta prática do delito tipificado no artigo 1°, inciso XII, do Decreto-Lei n. 201/67, em continuidade delitiva, em razão de supostamente ter desrespeitado a ordem cronológica de pagamento de seis precatórios, em prejuízo dos demais credores daquele município.

Enfatiza, entretanto, que, para sua surpresa, a autoridade indigitada coatora resolveu destituir o ora impetrante da referida ação penal, bem como o arrolou como testemunha do juízo, sob o fundamento de que, à época dos fatos, era ele o responsável pelo setor jurídico do município de Deodápolis e encarregado

de comunicar eventuais pagamentos e/ou compensações de créditos a este Tribunal e, no mesmo ato, determinou a intimação do réu Manoel José Martins para, em cinco dias, constituir novo advogado.

Sustenta que a referida decisão é descabida e ilegal, "*(...) sendo que este ato estará por ferir a ética e o sigilo profissional dos atos constituídos pelo Cliente (...)*" (*sic*, f. 06). Invoca o disposto no artigo 7º, inciso XIV, do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94), artigo 25 do Código de Ética e Disciplina da OAB e artigo 405, § 2º, inciso III, do Código de Processo Civil, requerendo medida liminar para o fim de suspender o ato coator (decisão) proferida nos autos da Ação Penal n. 0800603-46.2014.8.12.0032.

O ilustre Relator suspendeu o ato em liminar e agora concede a segurança para cassar a decisão que "*destituiu o impetrante da condição de advogado do réu para arrolá-lo como testemunha",* por reputar que a prerrogativa/sigilo funcional impede o impetrante de depor em desfavor de seu cliente.

Passo a apreciar a questão:

Está em curso a Ação Penal nº 0800603-46.2014 que apura o crime de responsabilidade praticado pelo ex-Prefeito de Deodápolis, Manoel José Martins que, no 1º Semestre de 2012, teria desrespeitado a ordem cronológica de pagamentos de precatórios municipais (inciso XII do art. 1º do Dec-Lei 201/67).

Na época dos fatos descritos na denúncia, o impetrante era Procurador contratado pelo município de Deodápolis, responsável pelo setor jurídico, e encarregado de comunicar eventuais pagamentos e/ou compensações de créditos, ou seja, atuou no objeto constante na ação penal acima versada, e teve conhecimento de fatos relacionados a ela.

Em consulta ao SAJ 1º Grau, constato, às f. 454 dos Autos 0800603-46.2014, que o impetrante atuou como Procurador do Município de Deodápolis nas ações envolvendo os precatórios municipais até a data de 10.12.2012; e consta às f.691 do mesmo feito, ingressou, na data de 29.03.2015, como advogado do então investigado, o ex-Prefeito de Deodápolis.

Ou seja, ele trabalhou como Procurador do Município no período relativo aos fatos que são apurados na ação penal. Assinalo que ele era Procurador do Município (ente público) e não da pessoa física do seu Prefeito da época, então na época ele não era advogado da pessoa do ex-prefeito.

Posto isto, cabe analisar o art. 7º da Lei 8.906/1994 – Estatuto da OAB, que autoriza o impetrante a recusar-se a depor sobre fato envolvendo seu cliente, veja-se referido dispositivo, com destaques relacionados com o caso presente :

> *(...) Art. 7º* ***São direitos do advogado:***
>
> *(...) XIX -* ***recusar-se a depor como testemunha*** *em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou* ***sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado,*** *mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte,* ***bem como*** ***sobre fato que constitua sigilo profissional (...)****.*

Embora o dispositivo seja um só, ele tem três partes distintas, separadas pelas expressões "ou" e " bem como".

Então na medida do possível vou apresentar fundamentação seguindo esses três aspectos, não exatamente pela sua ordem topográfica no dispositivo, pois os argumentos se entrelaçam e precisam ser desemaranhados nesta fundamentação.

Ab initio, entendo que a motivação do dispositivo proibitivo tem muito a ver com o sigilo profissional, mas não totalmente, sobretudo de fizermos uma interpretação restritiva (que não se expanda a analisar as motivações, mas se atenha ao texto expresso da lei). E tal interpretação a meu ver é necessária, para maior resguardo do direito de defesa do réu, em se tratando de dispositivo invocado em sede criminal

(o que foi ocorreu, pois a decisão impugnada por Ady Faria da Silva neste mandado de segurança, foi decisão prolatada por Juiz de Direito no bojo da Ação Penal por Crime de Responsabilidade de n° 0800603-46.2014.8.12.0032).

Passo a explicar considerando as três hipóteses destacadas no dispositivo:.

Primeira hipótese: Se pode o advogado ser testemunha sobre fato relacionado com pessoa de quem foi advogado:

Tenho como certo que o impetrante não está nesta hipótese que o eximiria de depor, pois na data dos fatos não era advogado da pessoa do ex-Prefeito, mas do Município, como tal não se aplica a ele o impedimento de depor como testemunha sobre fato relacionado com pessoa de quem foi advogado, já que ele não era advogado do ex-prefeito, mas do Município.

No caso em particular, resta evidenciado que o impetrante seria conhecedor dos fatos apurados na ação penal ou na ação de improbidade administrativa, muito antes da interposição delas, por força de sua função na época, de Procurador do Município encarregado dos pagamentos dos precatórios. Porém naquela época o impetrante não era advogado do ora ex-Prefeito, só depois se tornou advogado do ex-Prefeito acusado.

Fica claro que a prerrogativa profissional do impetrante que ora é invocada por ele se constituiu superveniente aos fatos apurados na ação penal de improbidade administrativa. Embora tais fatos sejam os mesmos, a condição de ser apto a testemunhar (vez que ele deve ser sabedor dos fatos que estavam sob sua responsabilidade na época em que atuava como Procurador do Município) antecedeu o patrocínio atual como advogado na versada ação penal, patrocínio que só veio a ocorrer cerca de três anos depois, em 2015.

Então, o motivo de "ter sido advogado da parte" não lhe assiste como fundamento para dispensa de depor como testemunha.

Abordarei abaixo a questão de ele ser atualmente advogado da parte.

Segunda e Terceira hipóteses: Se pode o advogado ser testemunha sobre fato relacionado com pessoa de quem seja atualmente advogado , bem como sobre fato que constitua sigilo profissional:

Entendo que as duas hipóteses precisam ser analisadas conjuntamente, pois os argumentos se entrelaçam.

Trata-se de saber se o advogado está liberado de depor porque atualmente ele ostenta a condição de "ser advogado" do ex-prefeito, ora réu naquelas ações penal e civil, e/ou porque vá depor sobre fatos que constituam sigilo profissional.

Nesse ponto, a decisão lançada tentou estabelecer limites ao direito de inquirir testemunhas, conciliando com o respeito aos limites profissionais do impetrante, tanto que assim consignou às f. 735, sobre os limites do que o impetrante deverá depor em juízo:

> *(...) Ora, o advogado poderá recusar-se a depor sobre o que lhe foi confidenciado pelo réu por ocasião de sua contratação ou após esta.*
>
> *Contudo, o que soube enquanto era funcionário público não está abrangido por este manto.*
>
> *No caso telado, é inconteste que o Advogado encontra-se imiscuído na causa, sendo certo que, para elaborar a defesa do réu (f. 685-690), teve que tomar ciência de*

> *questões abarcadas pelo sigilo profissional. O QUE SOUBE DESSE MODO, E ANTES NÃO SABIA, ESTÁ PROTEGIDO PELO SIGILO PROFISSIONAL. O QUE SABIA EM RAZÃO DE SER FUNCIONÁRIO DO MUNICÍPIO DEVERÁ TESTEMUNHAR.*
>
> *Em que pesem os argumentos aventados pelo nobre causídico, tenho que o fato de ter sido arrolado como testemunha do juízo não fere o disposto no artigo 207 do Código de Processo Penal, nem tampouco o artigo 7º, XIX do Estatuto da OAB, porquanto intimado, comparecendo, PODE RECUSAR-SE A RESPONDER AS PERGUNTAS RELATIVAS A PORMENORES PRÓPRIOS DO SEGREDO PROFISSIONAL.*
>
> *Outrossim, o objeto da presente demanda remonta à época na qual o Advogado era responsável pelo Setor Jurídico do Município de Deodápolis, não sendo ainda procurador do réu. Tal fato, por si só, evidencia que seu depoimento não estará vinculado a questões acobertadas pelo sigilo profissional e que se solidificaram após o término do vínculo do advogado com o Município, pelo contrário: Os fatos sobre os quais deporá, referem-se a questões que tem conhecimento em decorrência, única e exclusivamente, do trabalho prestado na Prefeitura desta urbe (...).*

Cabe pontuar desde logo que não vejo na decisão do juiz a palavra nem a ordem de "destituição" da função de advogado, apenas intima a parte para que traga um novo advogado para o ato exclusivo de ouvir o impetrante como testemunha.

Vejo na decisão do juiz o intuito claro de salvaguardar a defesa do réu, que deve ter direito de levar um advogado para aquele ato específico, onde seu advogado está atuando como testemunha (e não na qualidade de advogado) para que assim sua defesa técnica possa continuar sendo salvaguardada naquele ato processual.

A meu ver, a decisão não impediria o causídico de continuar sendo o advogado da parte, logo que terminado o ato, em tese.

Claro que isto se afirma (em parênteses) sem abordar a questão que depois analisarei, se ele poderia mesmo ser testemunha, na situação versada.

Feito este parêntese, passo a abordar a questão do dever de depor como testemunha, que se contrapõe à prerrogativa do artigo Art. 7º, XIX, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), instituída em favor do advogado, que lhe dá o direito de não depor em certos casos.

O comentário do referido artigo do EOAB (Comentado por Emerson Norihiko Fukushima (OAB/PR 22.759),[2] vai no mesmo sentido e corrobora o entendimento do juiz:

> *O Advogado tem o direito de recusar-se a depor como testemunha em qualquer processo que tenha patrocinado e sobre fatos relacionados aos seus constituintes. A recusa em prestar depoimento como testemunha refere-se a fatos a respeito dos quais o Advogado deve guardar segredo em razão das funções desempenhadas quando do patrocínio das causas, não abarcando outros fatos sem relação com esse patrocínio.*
>
> *(...) Ressalte-se a ideia fundamental da prerrogativa da Advocacia prevista nesse dispositivo, de que é, sem dúvida, uma defesa da sociedade, que se sinta protegida de que fatos relatados aos seus Advogados não sejam divulgados no futuro, sem sua autorização, em processo ou fora dele.*

2 *in* **Estatuto da Advocacia e da OAB Comentado**. Organizadores: Giovani Cássio Piovezan Gustavo e Tuller Oliveira Freitas.Coordenação: Lauro Fernando Pascoal Renato Cardoso de Almeida Andrade . Curitiba, OAB/PR, 2015), disponível em file:///C:/Users/isabel.matos/Downloads/ESTATUTO_OAB_COMENTADO.Pdf, acesso em 13 de Janeiro 2016.

Ora, os fatos de que o impetrante tinha conhecimento prévio antes de ser patrono da parte não são fatos dos quais o advogado deva guardar segredo em razão das funções desempenhadas quando do atual patrocínio das causas, justamente porque ele já tinha conhecimento anterior ao menos de alguns dos fatos (e é sobre estes que o juiz quer entende que ele seja obrigado a depor, e não sobre outros que tenha tido conhecimento posterior).

A prerrogativa funcional invocada vale a respeito de questões relacionadas a fatos que tenha tido conhecimento em decorrência do regular exercício profissional, que começou em 2015, e não a outros fatos anteriormente conhecidos, como bem delimitou o juiz em sua decisão.

Na verdade, no caso parece evidenciar-se situação na qual sobrevém situação equiparada a conflito de interesses entre ex-cliente e cliente atual do advogado, pois a verdade é que o interesse do Município, equiparado a ex-cliente do impetrante em tese está em conflito com o interesse de ex-Prefeito (cliente atual do impetrante), que é réu de ação penal e de ação de improbidade contra esse mesmo ente público.

Pois o interesse do primeiro (Município) é o interesse público de preservar os princípios da Administração Pública, inclusive observar os deveres de moralidade e legalidade em todos os seus atos (que, segundo as imputações, foram lesados pela conduta do ex-Prefeito), enquanto o interesse do segundo (ex-Prefeito) é justamente demonstrar que sua conduta não ofendeu tais princípios.

Vale lembrar que são sujeitos ativos e podem ser processados por improbidade os agentes públicos que exercem mandato, como é o caso de Prefeito, veja-se o que diz a Lei 8.429/1992:

> *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.*
>
> *(...) Art. 2° Reputa-se* ***agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição****, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo,* ***mandato, cargo****, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.*

E entre os sujeitos passivos (ou seja, entidades que são prejudicadas pelos atos ímprobos) constam justamente entes públicos, como os Municípios, veja a previsão acima do artigo 1º: *"atos de improbidade praticados* (...) *contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território (...)".*

Então, o interesse do ente público é o interesse público de preservar os princípios da Administração Pública, inclusive observar os deveres de moralidade e legalidade em todos os seus atos, enquanto o interesse de réu por improbidade (que em tese é indicado como o autor do ilícito) por certo pode ser oposto a tais interesses do ente público.

Bem por isso a incompatibilidade entre o ato ímprobo e o dever de bem gerir a coisa pública, que justifica por exemplo que uma das sanções do ato seja a perda da função e a extinção de vínculos laborais com o Poder Público, no caso em que o réu condenado ainda esteja vinculado a um ente público.

Assinalo que no caso de vislumbraria uma situação particular que seria um verdadeiro conflito de interesse do cliente atual do impetrante/causídico e do ex-patrocinado ou ex-assistido pelo impetrante (que era o Município). Claro que não existe o patrocínio simultâneo dos dois, mas patrocínio sucessivo, como tal não se cogita de invocar nem em tese (e por analogia) o impeditivo do §6º do art. 15 do Estatuto da OAB, que assim dispõe:

> *Art. 15. Os advogados podem reunir-se em sociedade simples de prestação de serviços de advocacia ou constituir sociedade unipessoal de advocacia, na forma disciplinada nesta Lei e no regulamento geral. (Redação dada pela Lei nº 13.247, de 2016)*
>
> *§ 6º Os advogados sócios de uma mesma sociedade profissional não podem representar em juízo clientes de interesses opostos.*

Apenas como comentário para gerar maior ponderação, assinalo que o impetrante era o responsável (Procurador do Município) por orientar o alcaide municipal acerca dos pagamentos de precatórios e compensações que geraram a referida ação penal por descumprimento da ordem cronológica de pagamento de precatórios, então, sua atuação em pleitos judiciais ora defendendo o ex-Prefeito também gera a perplexidade de que os interesses de ambos possam em tese ser conflitantes, ou então, por paradoxal que possa parecer, acabarem por ser coincidentes. Explico:

Ora, é que ao ex-Procurador Municipal poderia em tese também ser imputada conduta ímproba (porém dificilmente, reconhece-se, dada eventual complexidade de questões e o resguardo da independência funcional ao proferir pareceres técnicos, desde que não teratológicos), e neste caso, uma linha de defesa dele mesmo (ex-Procurador) poderia ser consentânea com a defesa do seu cliente atual, como poderia também ser conflitante ou colidente, já que o ex-Prefeito, ora processado, teria linhas de defesa em tese disponíveis, quanto a evidenciar-se dolo, desconhecimento específico de atos técnicos, etc, que poderiam alicerçar-se em atribuir maior responsabilidade a outras pessoas.

A questão do interesse e vínculo de um procurador jurídico ao ente público a que está ligado e à defesa do interesse público desse ente é questão interessante, que lateralmente perpassa em casos como seja o presente, quando se pode perquirir de eventual impedimento (temporário ou parcial) de que o causídico exerça serviços de advocacia para outrem que não o ente público ao qual se vincula no momento. Bem para resguardar maior isenção do advogado na prestação de serviços ou atuação em defesa do ente público é que estão os dispositivos do EOAB (artigos 29 e 30 do Estatuto), que cuidam de incompatibilidades para o exercício da advocacia privada ao Procurador Geral de ente do Poder Executivo, durante o período de sua investidura, o mesmo quanto a Diretores Jurídicos[3].

Face à afirmação do impetrante, às f. 03 que *"(...) É advogado, atuando há dezenove anos nas Comarcas do Estado de Mato Grosso do Sul e outros Estados da Federação (...)"*, e face ao que o juiz declara em sua decisão de que o causídico "*era o responsável pelo setor jurídico do Município de Deodápolis e encarregado de comunicar eventuais pagamentos e/ou compensações de créditos*", fica a indagação sobre o alcance de tais atuações e suas soluções de continuidade e se atuou a título de procurador de entes públicos ou de advogado de terceiros, e quais os períodos.

Enfim, trata-se de questão lateral não posta em discussão no presente mandamus, mas serve para concluir que, de qualquer ponto que se olhe em tese esta matéria de conflito de interesses, o caso é bastante melindroso e tais perplexidades servem para demonstrar que eventualmente um tal testemunho poderia ser questionado, não só porque o advogado constituído pelo atual réu das ações atuou (quando dos atos imputados como ilícitos) na qualidade de Procurador assessorando o atual réu à frente do Município, como porque estaria o causídico/impetrante, quando era Procurador do Município, vinculado a analisar fatos ocorridos naquela época sob a ótica do interesse do ente público, e agora, anos após, se vê obrigado a analisar tais questões sob a ótica da defesa de seu atual cliente.

3 Estes eventualmente devem renunciar ao patrocínio de sua clientela particular ou substabelecer sem reservas, de acordo com a densidade de efetivo poder de decisão que tenha, nesse cargo e o alcance de suas atribuições e poderes, que possam ou não repercutir com alcance fora do ente ao qual se vinculam.
Atos por eles praticados podem ser questionados, à luz do art. 4º, § único da Lei 8.906/1994, que assim dispõe: "*...Art. 4º (...) Parágrafo único. São também nulos os atos praticados por advogado impedido – no âmbito do impedimento – suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia.*"

Findo este parêntese, por outro lado, outra questão bem pertinente ao caso presente é a questão do sigilo dos fatos sobre os quais deveria ele depor.

É que a Administração Pública e se rege por princípios constitucionais previstos no Art. 37 da CF e entre eles o da publicidade: "*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*".

E o princípio da publicidade gera o dever de transparência da Administração Pública e o direito de qualquer cidadão saber sobre os atos administrativos, o que está em desacordo com manter-se sigilo com relação a fatos ocorridos no âmbito da Administração Pública, então, esses fatos não estão por definição ao abrigo de sigilo, salvo as exceções do art. 5º, XXXIII.

Por tal princípio da publicidade, qualquer cidadão pode se dirigir ao Poder Público e requerer cópias e certidões de atos e contratos e o Poder Público deve agir com transparência, possibilitando que os administrados tenham conhecimento do que os administradores estão fazendo.

Daí deriva a garantia, pelo dispositivo constitucional, do direito à informação do cidadão (com base no art. 5º, incisos XIV e XXXIII da CF/88), de modo a operar uma forma mais eficiente de controle popular da Administração Pública.

Então, é questão interessante saber se tais atos no âmbito da Administração Pública estão ao abrigo de segredo profissional, já que, se eles têm essa natureza de atos acessíveis ao conhecimento pelo cidadão, a meu ver isso sua natureza pública prevalece sobre o sigilo, inclusive aquele estabelecido em estatuto da OAB, porque amparada por norma da Constituição Federal.

Então, a meu ver é difícil sustentar que, quanto a esse tipo de atos, deva prevalecer o segredo profissional prerrogativa do advogado para se eximir de depor, quando tais atos por sua natureza estão sujeitos a publicidade, que, se era direito do cidadão conhecer sem reservas, continua sendo, mesmo tempos depois de sua ocorrência.

O Procurador Municipal que ao mesmo tempo testemunha e conhece procedimentos e atos do ente da Administração Pública onde atua, deles conhece por estar mais próximo dos fatos, mas o que ele conhece nessa condição a meu ver seria direito de qualquer um conhecer, dado o direito público de acesso por qualquer cidadão a saber sobre o teor dos atos administrativos.

Não se vê que o ora ex-procurador que tenha tido conhecimento de tais atos conhecidos por força de atuação de procurador municipal possa se eximir de sobre eles depor, perante as peculiaridades deste caso, apenas invocando prerrogativa funcional adquirida após tais fatos.

Quiçá, se assim entendêssemos, seria esse um modo de que pessoas de conhecimento relevante por terem atuado nos entes públicos acabem sendo meios de prova importantes, mas fiquem dispensadas de depor, apenas bastando que os denunciados os contratem depois como seus advogados, o que parece no mínimo estranho.

Aqui se entrelaça a questão com a violação ao sigilo profissional, que a meu ver incide sobre a divulgação de fatos, documentos ou informações obtidas em decorrência do exercício da advocacia, relativos à pessoa do cliente, e que nesse caso exige a comprovação de que o advogado tenha revelado informações reservadas ou sigilosas que lhe tenham sido confiadas.

Ora, se os atos administrativos têm publicidade, difícil sustentar que ao mesmo tempo sejam sigilosos.

Então, em parte a fundamentação do juiz teria sustentáculo, pois o juiz delineava o limite em que o advogado pode se mover, sem se negar a ser testemunha: segundo a determinação do juiz, ele iria depor dentro desses limites, apenas quanto aos fatos de que teve ciência enquanto procurador do Município, e não quanto a fatos que o atual constituinte lhe revelou depois de o ter constituído como seu advogado.

Apesar de todos os inconvenientes e reservas de um tal depoimento, como acima comentado, ainda assim até este ponto não pareceria impositivo conceder esta segurança.

Porém, a meu ver o que de fato impede que o advogado seja obrigado a depor neste caso é a letra clara da lei processual, artigo 447 § 2º, III, do CPC, que dispõe que são impedidos de depor os que intervêm em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o "*advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes"* (item III), que também encontra eco na lei processual penal.

Esse ponto foi salientado pelo Relator deste Mandado de Segurança, nos seguintes termos:

> *(...) De igual forma, o Código de Processo Penal, ao tratar da matéria, preconiza, em seu artigo 207, que "são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar seu testemunho.*
>
> *Além disso, a questão também deve ser analisada sob o enfoque da norma prevista no artigo 405, § 2º, III, do Código de Processo Civil*[4], segundo o qual está impedida de prestar depoimento como testemunha a pessoa "*que intervém em nome de uma parte, como tutor na causa do menor, representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros, que assistam ou tenham assistido as partes*".

Ressalvo meu entendimento que não me parece seja o sigilo profissional o único elemento ou razão a fundamentar os citados dispositivos, pois, se assim fosse, como dito acima, tal encontraria limitações no caso presente, limitações derivadas, não só o da publicidade de certos fatos sobre os quais iria depor, como também de que não deve prevalecer o sigilo ao menos e de certeza quanto à materialidade (e não autoria) de fatos que constituam crime de ação pública, e eventualmente esses seriam fatos sobre os quais ele poderia depor.

O que parece relevante é que tal depoimento, com o valor que pudesse ter, questionado ou não, ou colhido ou não sem compromisso legal, poderia em tese ser apto a trazer prejuízo à defesa do constituinte do depoente, o que traria perplexidade a respeito do dever de lealdade e atuação ética do advogado em seu relacionamento profissional com seu cliente.

É certo que, quanto ao dever de lealdade processual, que no no processo civil cabe aos advogados e às partes, ele significa o dever de auxiliar o juízo no descobrimento da verdade e na efetivação das decisões judiciais, sem utilizar expedientes antiéticos e por isso o art. 14, inciso II do CPC impõe estes deveres na relação processual, afastando atos de fraude e má-fé processual.

Porém, também é lealdade a fidelidade do advogado com o compromisso que assumiu perante o seu cliente e perante a sociedade.

E, nesse ponto, assim como não espera o sistema jurídico nem exige da parte que aja em comportamento prejudicial para sua defesa, por mesmos fundamentos não se esperaria que um advogado pudesse agir de algum modo em detrimento do seu constituinte, e parece que esse pode ser o fundamento do art. 388 do CPC, quando admite a omissão, pela parte, de determinados fatos, uma vez que não se espera dela comportamento prejudicial para sua defesa, e quando admite liberação de depoimento em virtude da

4 Correspondente ao artigo 447, § 2º, inciso III, do novo CPC.

profissão de certos depoentes (como previsto mais especificamente para o caso do advogado nos termos do art. 447 § 2º, III do CPC acima citado).

Veja-se o teor do art. 388 do CPC:

> *Art. 388. A parte não é obrigada a depor sobre fatos:*
>
> *I – criminosos ou torpes que lhe forem imputados;*
>
> *II – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo; (...).*

Mesmo que aqui se fale em parte (e o caso do presente MS tem aver com depoimento de advogado da parte), o intuito claro é que a parte não seja obrigada a produzir prova que a prejudique, e isso é relevante salientar, pois, quando se trate de processo penal, estas considerações têm maior relevância , porque agora intervém o dever de o advogado defender seu constituinte e por óbvio também não dever lhe ser exigido que deponha, perante a hipótese de que isso poderá prejudicar seu cliente..

Veja-se a propósito comentário sobre os deveres do defensor, em artigo *"Os deveres profissionais do advogado na perspectiva do direito processual brasileiro* "[5], no qual as considerações a respeito dos deveres do defensor:

> *(...) No processo penal o Ministério Público e o Juiz "[...] tem por dever de ofício a obrigação de investigar todas as circunstâncias do fato, inclusive aquelas que se apresentam favoráveis ao acusado [...]"[60]. Ocorre que tanto o MP quanto o Juiz podem passar despercebidos diante de situações que contribuam para o benefício do acusado (...)*
>
> *Assim, a lide processual necessita do defensor para que haja equilíbrio na relação processual, evitando que aconteça injustiça devido à falta de atenção do Tribunal e da Promotoria, ou pela péssima imagem social que réu possa apresentar.*
>
> *Nesse sentido é que a doutrina tem apontado que é dever do defensor ao elaborar a defesa, buscar melhorar a condição do réu, uma vez que o Estado possa intensificar o peso da sua balança punitiva sem observância de toda extensão das ocorrências existentes no processo, sendo, portanto, injusto quanto ao réu*
>
> *Quando a este dever, Tourinho[61] citando Manzini*
>
> *A função do defensor (...) é apresentar ao Órgão Jurisdicional competente tudo quanto, legitimamente, possa melhorar a condição processual do imputado e que possa honestamente contribuir para dirimir ou diminuir sua imputabilidade ou sua responsabilidade.*
>
> *Em decorrência lógica, outro dever indicado pela doutrina é o da parcialidade. Se o defensor tem por finalidade atuar em busca de melhores condições do seu constituinte, este não deve ser neutro na elaboração da defesa, pelo contrário, deve arguir tudo que contribuía favoravelmente ao acusado. Neste sentido leciona Nucci[62]:*
>
> *O defensor não deve agir com a mesma imparcialidade exigida do representante do Ministério público, pois está vinculado ao interesse do acusado, que não é órgão público e tem legítimo interesse em manter o seu direito indisponível à liberdade. (...) Isso não significa que deva requerer ou agir contra lei, burlando normas e agindo sem ética, durante o processo pena [...].*

5 Samyr Leal da Costa Brito, in Portal do Âmbito Jurídico, disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15807&revista_caderno=27, acesso em 02 fev. 2017.

> *Todavia, "[...] ainda que pareça paradoxal, a atuação parcial do Defensor tende a facilitar a atuação imparcial do Juiz,"[63] isso porque o processo não terá uma única versão - a do MP, assim, com a presença do defensor é oportunizado ao acusado apresentar a sua versão da realidade além pontos relevantes descartados pelo MP, de modo que, o juiz poderá visualizar melhor a real concretude dos fatos.*
>
> *Embora exista o dever de parcialidade, o defensor não está desobrigado em contribuir com a Justiça, a doutrina nesse ponto tem destacado o dever de cooperação. Segundo Capez[64] o advogado no processo penal não atua somente no interesse da parte, mas também no interesse social, fazendo valer a dialética das partes processuais, por meio da qual é obtida o justo provimento judicial. É nesse sentido que para Stoppato[65] o "[...] defensor deve ser considerado um verdadeiro cooperador da justiça."*

Ainda citando esse autor, elenca ele entre os deveres do defensor, o de apresentar defesa devidamente fundamentada para que o direito da parte não pereça, isso demanda dele "*Empenho na construção da defesa do seu representado, pois possui o dever de se resguardar de todas as formas possíveis para não passar despercebido diante de um argumento que contribuía com deferimento judicial favorável ao seu cliente, além do que, deve se precaver para que a sua tese não padeça de incoerências, a fim de evitar a contra-argumentação da parte adversa*.".

Ademais, em sendo admitido o depoimento, ainda teríamos, em um ato processual, o cliente obrigado a ter em sua defesa outro advogado que eventualmente não era a pessoa ideal no seu entendimento, para defendê-lo, frustrando a confiança profissional que o levou a eleger seu constituído como seu advogado,e portanto em tese podendo gerar prejuízo a sua defesa"

Entendo que a fundamentação ora exposta (que apresenta algumas ressalvas com relação ao voto do ilustre Relator do *mandamus*, mas conclui no mesmo sentido de conceder o *mandamus*), encontra corroboração da jurisprudência por ele citada, que, se bem analisada, não se refere apenas ao dever de sigilo profissional (que a meu ver seria insuficiente para deferir este mandamus) mas também refere esta questão abordada por último, do dever de lealdade e atuação ética do advogado em defesa do seu cliente.

Cito de novo, para salientar:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDATO. COBRANÇA. TESTEMUNHO DE ADVOGADO DE UMA DAS PARTES. RECUSA. ADMISSIBILIDADE.* ***Além do impedimento legal (CC. Art. 405, § 2º, III) é prerrogativa do advogado recusar-se a depor contra cliente seu (Estatuto do Advogado, art. 7º, XIX).*** *Correta a dispensa da testemunha se esta, patrona de uma das partes, recusa-se a depor. Decisão mantida. Recurso desprovido.* (TJ-SP - AI: 21862043620148260000 SP 2186204-36.2014.8.26.0000, Relator: Felipe Ferreira, Data de Julgamento: 26/11/2014, 26ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/11/2014) – destaquei.
>
> *HABEAS CORPUS - ADVOGADO - DEVER DE GUARDAR SEGREDO PROFISSIONAL -* ***ATIVIDADE TOTALMENTE REGRADA,*** *PREFIXADOS OS MOTIVOS PELO LEGISLADOR, NÃO ADMITINDO AVALIAÇÃO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA OU JUDICIÁRIA - LEI nº 8.906/94 -* ***DEVER DE RECUSAR-SE A DEPOR. I - O advogado, em pleno Estado Democrático de Direito, no exercício pleno de seus direitos e prerrogativas, tem o dever de guardar o sigilo profissional mesmo quando autorizado ou solicitado por seu constituinte. II - Não pode o advogado ser constrangido a prestar declarações em inquérito policial, ou no curso da ação penal, arrolado pelas partes no litígio, compromissado ou não, sobre fatos de que tenha ciência em razão de sua condição, direta ou indiretamente, obrigado pela ética e pelo dever absoluto de guarda do segredo***. (TJ-MG 100000643674100001 MG 1.0000.06.436741-0/000(1), Relator: Walter Pinto da Rocha, Data de Julgamento: 31/05/2006, Data de Publicação: 27/06/2006) – destaquei.

Então, pelo exposto, voto pela concessão da segurança, com fundamentação em parte diversa do Relator.

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (2º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (5º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (6º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a segurança, com as ressalvas da Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Relator, o Exmo. Sr. Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 08 de fevereiro de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Apelação n. 0000778-92.2016.8.12.0003 - Bela Vista
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – AMEAÇA – PENA – EXCLUSÃO DE AGRAVANTES POR NÃO ESTAREM NARRADAS NA DENÚNCIA – DESNECESSIDADE DA DESCRIÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES NA DENÚNCIA – INTELIGÊNCIA DO ART. 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – *QUANTUM* PELAS AGRAVANTES – AUMENTO MENOR – PATAMAR DE 1/6 – POSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A falta de descrição de circunstâncias agravantes na denúncia não impede o reconhecimento pelo magistrado, conforme dispõe o art. 385 do Código de Processo Penal.

Ainda que a lei não estabeleça o percentual de diminuição da pena no tocante às atenuantes genéricas e/ou agravantes, tem-se como mais adequado o patamar de 1/6 por tratar-se do menor índice estipulado pela lei penal para qualquer delas.

Recurso parcialmente provido. Em parte com o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, em parte com o parecer, dar parcial provimento ao recurso.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2017.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de apelação criminal interposta por Alessandro da Costa contra a sentença de f. 76-81 que o condenou à pena de 06 (seis) meses de detenção, pelo crime dos art. 147 do Código Penal.

Por inconformar-se com a decisão, o recorrente, pelas razões expostas a f. 88-94, postula pela reforma, alegando que a pena aplicada deve ser reduzida, pela exclusão das agravantes previstas nos arts. 61, I, II, "e" e "f", do Código Penal por ofensa ao princípio da correlação, já que não foram citadas na denúncia. Alternativamente, requer a diminuição do *quantum* empregado para cada agravante, para que seja de 1/6 (um sexto). Para fins de prequestionamento, requer manifestação expressa acerca dos arts. 5º, XLVI, da Constituição Federal e 61, I, II, "e" e "f" do Código Penal.

Contrarrazões a f. 99-112, pugnando pela manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do recurso. Para fins de prequestionamento, requer manifestação expressa acerca dos arts. 385, do Código de Processo Penal e 61, I, II, "e" e "f" do Código Penal. (f. 128-134).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Alessandro da Costa contra a sentença de f. 76-81 que o condenou à pena de 06 (seis) meses de detenção, pelo crime dos art. 147 do Código Penal.

Por inconformar-se com a decisão, o recorrente, pelas razões expostas a f. 88-94, postula pela reforma, alegando que a pena aplicada deve ser reduzida, pela exclusão das agravantes previstas nos arts. 61, I, II, "e" e "f", do Código Penal por ofensa ao princípio da correlação, já que não foram citadas na denúncia. Alternativamente, requer a diminuição do *quantum* empregado para cada agravante, para que seja de 1/6 (um sexto). Para fins de prequestionamento, requer manifestação expressa acerca dos arts. 5º, XLVI, da Constituição Federal e 61, I, II, "e" e "f" do Código Penal.

Contrarrazões a f. 99-112, pugnando pela manutenção da sentença.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo desprovimento do recurso. Para fins de prequestionamento, requer manifestação expressa acerca dos arts. 385, do Código de Processo Penal e 61, I, II, "e" e "f" do Código Penal. (f. 128-134).

É o que basta para analisar a pretensão.

I - Exclusão das agravantes previstas nos arts. 61, I, II, "e" e "f", do Código Penal por ofensa ao princípio da correlação, já que não foram citadas na denúncia.

O recorrente pretende, inicialmente, a exclusão das agravantes previstas nos arts. 61, I, II, "e" e "f", do Código Penal por ofensa ao princípio da correlação, já que não foram citadas na denúncia.

Tal não se mostra possível.

É cediço que o art. 385 do Código de Processo Penal permite ao magistrado o reconhecimento de circunstâncias agravantes, ainda que não alegadas. Confira-se:

> *"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."*

Nesse sentido, a doutrina de Guilherme de Souza Nucci:

> *As agravantes são causas legais e genéricas de aumento de pena, não pertencentes ao tipo penal, razão pela qual não necessitam fazer parte da imputação. São de conhecimento das partes, que, desejando, podem, de antemão, sustentar a existência de alguma delas ou rechaçá-las todas.* ***O fato é que o magistrado não está vinculado a um pedido de acusação para reconhecê-las*** *[...]. Se o juiz pode o mais, que é aplicar as circunstâncias judicias, em que existe um poder criativo de larga extensão (Exemplos: o que seria personalidade? O que poderia ser considerado - para o bem e para o mal - a respeito da conduta social do acusado? Qual comportamento da vítima interessaria à aplicação da pena? São todos elementos abertos constantes do art. 59 do Código Penal, dentre outros), é natural que*

> *possa o menos, isto é, aplicar expressas causas agravantes, bem descritas na lei penal* (Código de Processo Penal comentado. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 747. Destaquei).

Nesse sentido, a jurisprudência:

> *APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME DE LATROCÍNIO (ART. 157, § 3°, SEGUNDA PARTE, DO CÓDIGO PENAL). [...] ARGUIÇÃO DE QUE A SENTENÇA RECAIU EM JULGAMENTO EXTRA PETITA AO RECONHECER A INCIDÊNCIA DE AGRAVANTE NÃO NARRADA NA DENÚNCIA. DESCABIMENTO. NÃO OCORRÊNCIA DE LESÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E SENTENÇA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.*
>
> *[...]*
>
> *2. [...] as agravantes são causas legais e genéricas de aumento de pena, não pertencentes ao tipo penal, razão pela qual não necessitam fazer parte da imputação. São de conhecimento das partes, que, desejando, podem, de antemão, sustentar a existência de alguma delas ou rechaçá-las todas. O fato é que o magistrado não está vinculado a um pedido de acusação para reconhecê-las. (Código de Processo Penal comentado. 11ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 736) [...]* (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.007929-4, de Lages, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 10-6-2014).
>
> *APELAÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA QUE DEIXOU DE ACOLHER AGRAVANTE NÃO NARRADA NA DENÚNCIA. RECURSO MINISTERIAL. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO INOCORRENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DO OFENDIDO. COMPROVAÇÃO. PROVIMENTO*
>
> *As agravantes, ao contrário das qualificadoras, sequer precisam constar da denúncia para serem reconhecidas pelo Juiz. É suficiente, para que incidam no cálculo da pena, a existência nos autos de elementos que as identifiquem. No caso sob exame, consta na sentença que a paciente organizou a cooperação no crime, dirigindo a atividade criminosa (STF, HC 93211/DF, reI. Min. Eros Grau, j. 12/2/2008).* (Apelação Criminal n. 2014.001020-0, de São José do Cedro, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Terceira Câmara Criminal, j. 29-4-2014).

Destarte, não há qualquer óbice ao reconhecimento das agravantes em questão, mesmo não tendo sido expressamente mencionadas na denúncia, porquanto restou clara a possibilidade de o magistrado assim o fazer.

Demais disso, no caso, a denúncia narrou que não era a primeira vez que o recorrente agredia as vítimas; que as vítimas eram irmã e mãe do recorrente e que os fatos se deram na residência da mãe e irmã do recorrente.

II – do *quantum* de aumento pelas agravantes.

Alternativamente, o recurso pretende a diminuição do *quantum* empregado para cada agravante para que seja de 1/6 (um sexto).

A sentença fixou a pena-base no mínimo legal, em 01 (um) mês de detenção, para cada ameaça, aumentando-a em 02 (dois) meses, na segunda fase, também para cada uma das duas ameaças, pelas agravantes dos arts. 61, I, II, "e" e "f", do Código Penal.

No que diz respeito ao *quantum* do aumento, comungo do entendimento de que o patamar mais adequado é o de 1/6 (um sexto) para cada agravante.

Ricardo Augusto Schmitt, ao comentar o tema na obra "Sentença Penal Condenatória" Teoria e Prática, 8ª edição, Ed. JusPODIVM, p. 213, define:

> *No entanto, muito embora não tenhamos atualmente um consenso quanto ao patamar ideal a ser adotado, torna-se mais aceito pela jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ) a aplicação do coeficiente imaginário de 1/6 (um sexto) para cada circunstância atenuante ou agravante reconhecida (e valorada)* – STF HC 69392/SP, HC 69666/PR HC 73484-7.

A propósito:

> *APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO SIMPLES. PRETENSÃO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. ATENUANTE DA MENORIDADE. PREPONDERÂNCIA. ELEVAÇÃO DO PATAMAR DE REDUÇÃO PELA PRESENÇA DE ATENUANTES GENÉRICAS. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. TESE ACOLHIDA. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. REGIME APLICADO MANTIDO. REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A valoração das circunstâncias judiciais de forma objetiva e concreta importa em elevação da pena-base acima do mínimo legal, pelo que, se exacerbada em desproporção com as circunstâncias analisadas, deve ser readequada. A pena deve ser fixada na proporção equilibrada com as circunstâncias judiciais enumeradas pelo art. 59 do Código Penal incidentes. 2.* ***A Lei não estabelece o percentual de aumento ou de diminuição da pena no tocante às agravantes/atenuantes. Todavia, a doutrina e a jurisprudência consagrou o entendimento de que o aumento deve ser de 1/6 sobre a pena-base, por se tratar do menor índice estipulado pela Lei penal para as causas de aumento e de diminuição de pena.*** *A par disso, é preciso considerar ainda a proporcionalidade do aumento/diminuição e que seja adequada e suficiente, como forma de atingir a finalidade da pena. Reprovação e prevenção do crime. 3. Para a fixação do regime inicial para o cumprimento da pena, deve ser levado em consideração a quantidade de pena privativa de liberdade imposta em razão do delito penal imputado em desfavor do réu. Mensurado os limites da sanção corporal, estabelecer-se-á o regime prisional, à luz do que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do CP. Diante da elevada reprovabilidade da conduta do apelante, considerando as circunstâncias do caso concreto, mantenho o regime prisional aplicado pela sentença, como forma de reprovar e prevenir o crime.* (TJMS; APL 0009251-85.2007.8.12.0002; Dourados; Segunda Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques; DJMS 31/03/2015; Pág. 91). (Sem grifo na origem).

Portanto, para fins de aumento em face das agravantes genéricas, aplico o patamar de 1/6 (um sexto) e, assim, no caso, o aumento seria de 05 (cinco) dias de detenção para cada agravante, o que equivale a 15 (quinze) dias de detenção para cada crime de ameaça.

Desta forma, reduzo a pena, na segunda fase, para o patamar de 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção para cada crime de ameaça e, assim, a pena resulta, ao final, em 03 (três) meses de detenção.

Mantenho o regime aberto para o início do cumprimento da pena.

Como o apelante é reincidente, não cabe a substituição de pena ou *sursis*.

Pelo exposto, em parte com o parecer, dou parcial provimento ao recurso para o fim de reduzir a pena aplicada ao apelante Alessandro da Costa para o patamar de 03 (três) meses de detenção.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, em parte com o parecer, deram parcial provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 23 de fevereiro de 2017.

***

Seção Criminal
Mandado de Segurança n. 1400862-20.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relator Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – MANDADO DE SEGURANÇA – INTERVENÇÃO DE TERCEIROS – ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL SECÇÃO DE MS – ASSISTÊNCIA SIMPLES – ADVOGADO DENUNCIADO POR CRIME DE DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA – CRIME, EM TESE, PRATICADO NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA – LEGITIMIDADE DO ÓRGÃO DE CLASSE – SEGURANÇA CONCEDIDA.

A denúncia contra advogado, por conduta criminosa, em tese praticada no exercício da profissão, justifica a habilitação da Ordem dos Advogados do Brasil como assistente simples nos autos respectivos, porquanto, ainda que indiretamente, tal situação afeta a coletividade dos advogados, justificando a intervenção do órgão de classe.

Segurança concedida, contra o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, conceder a segurança.

Campo Grande, 25 de janeiro de 2017.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de MS - por meio da Comissão de Defesa e Assistência das Prerrogativas dos Advogados (CDA), contra ato proferido pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Itaquiraí/MS, que indeferiu pedido de sua habilitação, na qualidade de assistente simples, no Processo nº 000525-28.2014.8.12.0051, em que o advogado Nelson de Miranda foi denunciado como incurso no art. 339, c/c art. 62 II e 29, todos do CP.

Alegou a I. impetrante, inicialmente, o cabimento do presente *mandamus*, bem como de sua tempestividade. No mérito, insurgiu-se contra a decisão mencionada ao fundamento de que o indeferimento aludido é causa de expressa violação a dispositivo da Lei 8.906/94, arts. 44 e 49, que legitimam a Ordem dos Advogados do Brasil a figurar como assistente nas ações penais em que advogados são processados em razão do exercício profissional.

Diante do exposto, requereu a concessão de medida liminar, *inaudita altera pars* e com efeito *ex tunc*, para suspender a decisão da autoridade coatora e deferir a participação da OAB/MS na Ação Penal n. 0000525-28.2014.8.12.0051, como assistente simples do acusado Nelson de Miranda – advogado

regularmente inscrito na OAB/MS. No mérito pugnou pela segurança em definitivo, reconhecendo-se o direito líquido e certo da impetrante.

A liminar foi deferida, com efeitos *ex nunc* (a f. 67-69). As informações foram prestadas pela autoria apontada coatora a f. 72-76 e a Procuradoria-Geral de Justiça, através do parecer de f. 83-89, opinou pela denegação da segurança.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado pela Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de MS - por meio da Comissão de Defesa e Assistência das Prerrogativas dos Advogados (CDA), contra ato proferido pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Itaquiraí/MS, que indeferiu pedido de sua habilitação, na qualidade de assistente simples, no Processo nº 000525-28.2014.8.12.0051, em que o advogado Nelson de Miranda foi denunciado como incurso no art. 339, c/c art. 62 II e 29, todos do CP.

Alegou a I. impetrante, inicialmente, o cabimento do presente *mandamus*, bem como de sua tempestividade. No mérito, insurgiu-se contra a decisão mencionada ao fundamento de que o indeferimento aludido é causa de expressa violação a dispositivo da Lei 8.906/94, arts. 44 e 49, que legitimam a Ordem dos Advogados do Brasil a figurar como assistente nas ações penais em que advogados são processados em razão do exercício profissional.

Diante do exposto, requereu a concessão de medida liminar, *inaudita altera pars* e com efeito *ex tunc*, para suspender a decisão da autoridade coatora e deferir a participação da OAB/MS na Ação Penal n. 0000525-28.2014.8.12.0051, como Assistente simples do acusado Nelson de Miranda – advogado regularmente inscrito em seus quadros. No mérito pugnou pela segurança em definitivo, reconhecendo-se o direito líquido e certo da impetrante.

Liminar deferida, com efeitos *ex nunc* a f. 67-69. Informações prestadas a f. 72-76 e a Procuradoria-Geral de Justiça, pelo parecer de f. 83-89, opinou pela denegação da segurança.

É o que basta para analisar a pretensão.

Infere-se dos autos que Nelson de Miranda, entre outros, foi denunciado pelo crime de denunciação caluniosa (art. 339, c/c art. 62, II e 29, todos do CP), porquanto, segundo consta da exordial acusatória (f. 30-34):

> *(...) no dia de 19 de abril de 2013, às 09h:32min, na Delegacia de Polícia Civil neste Município de Itaquiraí/MS, Roseni de Jesus Santos, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, deu causa a instauração de investigação policial contra José Candido da Silva, seu vizinho, imputando-lhe crime de que o sabe inocente.*
>
> *Consta também que Lindinalva Cordeiro Cardamone, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, induziu Roseni Jesus Santos, por motivo fútil e mediante paga, a dar causa a instauração de investigação criminal contra José Candido da Silva, seu desafeto pessoal, sabendo ser este inocente.*
>
> *Consta também que Nelson de Miranda, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, induziu e prestou auxílio a Roseni Jesus Santos, para dar causa a instauração de investigação policial contra José Candido da Silva, sabendo ser este inocente Segundo*

consta dos autos, na data e local mencionados acima, a acusada Roseni declarou falsamente crime que teria ocorrido no ano de 2010, o que levou a investigação policial contra José Candido da Silva, mediante lavratura do boletim de ocorrência n.º 381/2013, na Delegacia da Polícia Civil desta cidade e Comarca de Itaquiraí/MS.

Nas condições de tempo e local dos fatos supra, a denunciada Roseni alegou que José Candido teria a beijado e a agarrado contra a sua vontade, durante uma carona que supostamente ele lhe prestava. Fato este que não poderia ter ocorrido, pois José Candido estava preso, em regime fechado, no Presídio Harry Amorim da Costa na cidade de Dourados/MS.

A denunciação caluniosa foi instigada pela acusada Lindinalva Cordeiro Cardamone, com auxílio de seu advogado Dr. Nelson de Miranda, no flagrante intuito de prejudicar a vítima José Cândido, que possui desavenças com Lindomar Cardamone, filho de Lindinalva.

Verifica-se pois, que, no intuito de desqualificar José Candido, que foi vítima e testemunha em outros processos judiciais movidos contra a família de Lindomar, Lindinalva Cordeiro procurou Roseni, fornecendo-lhe a quantia de R$ 12,00 (doze) reais, mandando que esta procurasse o advogado Nelson de Miranda e servisse de testemunha em ação penal movida contra a vítima, obtendo as orientações jurídicas necessárias com o fim específico de prejudicá-lo, inclusive utilizando eventual denúncia para fomentar eventual tese defensiva nas ações penais instauradas em face da família da acusada Lindinalva.

Ressalta-se que a vítima José Candido, antes mesmo de ser assassinada, fora vítima também do crime de coação no curso do processo, por ato praticado pela acusada Lindinalva, cuja ação penal encontra-se em andamento, neste juízo de Itaquiraí/MS (Autos nº 0001517- 23.23.2013.8.12.0051).

Às fls. 29 e 30, José Candido alertou as Autoridades Policias dizendo que Lindinalva teria passado a lhe fazer ameaças, dizendo que iria fazer uma queixa falsa contra ele.

Conforme o depoimento da acusada Roseni à fls. 31 dos autos de inquérito policial, Lindinalva só lhe disse que o Dr. Nelson queria falar com a declarante e não adiantou o assunto.... Que ao chegar no escritório do Dr. Nelson ele lhe pediu para vir até a delegacia para registrar um boletim do fato que ocorreu com José Candido para ajudá-lo em outros fatos (...) Que o próprio Dr. Nelson lhe trouxe em seu veículo automotor a esta delegacia e aguardou o fim do registro da ocorrência (...).

Recebida a denúncia, a impetrante postulou a sua habilitação nos autos como assistente simples de Nelson de Miranda, o que foi indeferido pela autoridade apontada coatora (f. 54-58). Impetrado o presente *mandamus*, deferiu-se o pleito liminar, com efeitos *ex nunc,* permitindo-se o ingresso da Ordem dos Advogados Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de MS nos respectivos autos.

A liminar deve ser convalidada. Explico.

Não se olvida que a Ordem dos Advogados do Brasil é órgão representativo de advogados. Ademais, a Lei 8.906/94 é clara ao dispor em seu artigo 49 que, *"Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta Lei*".

É expresso, ainda, no parágrafo único do mencionado dispositivo, que:

As autoridades mencionadas no caput deste artigo têm, ainda, legitimidade para intervir, inclusive como assistentes, nos inquéritos e processos em que sejam indiciados, acusados ou ofendidos os inscritos na OAB. Os Presidentes dos Conselhos e das Subseções da OAB têm legitimidade para agir, judicial e extrajudicialmente, contra qualquer pessoa que infringir as disposições ou os fins desta lei.

Deflui-se do texto legal transcrito a possibilidade de a OAB intervir como assistente de advogado que figure no polo passivo de ação penal, como ocorre neste caso. No mesmo entender, colaciona-se precedente:

> *Há direito líquido e certo a ser garantido, via Mandado de Segurança, no caso em que a Ordem dos Advogados do Brasil requer ingressar nos autos como assistente da Defesa, pois tal direito está previsto nos artigos 44, II, e 49, parágrafo único, da Lei nº 8.906/99.* (TACrimSP - MS nº 378.226/8 - Osvaldo Cruz - 16ª Câmara - Rel. Carlos Bonchristiano - J. 22.3.2001).

De fato, consoante narrado na peça acusatória, Nelson Miranda foi denunciado por crime de denunciação caluniosa, prática criminal que, em tese, foi cometida quando de seu exercício profissional e, portanto, ainda que indiretamente, afeta a coletividade dos advogados e, portanto, justifica a intervenção do órgão de classe nos autos.

Sobre o assunto, traz-se a colação lição de Paulo Luiz Neto Lobo (*in* Comentários ao Novo Estatuto da Advocacia e da OAB, Livraria e Editora Brasília Jurídica Ltda, pág. 161):

> *Quanto ao fato de a causa ser de natureza civil, há lição referindo-se a OAB, no sentido de que 'O Presidente pode intervir a qualquer título, inclusive como assistente em inquéritos policiais e administrativos ou em processo civil ou penal, quando o advogado seja indiciado, acusado ou ofendido. A intervenção será sempre necessária quando a imputação atribuída a advogado tiver relação com sua atividade profissional.*

No mesmo sentido, os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci (*in* Código de Processo Penal Comentado, editora Revista dos Tribunais, 2012, 11ª edição, pág. 598):

> *(...) é preciso salientar que a Lei 8.906/94 autoriza, expressamente, a assistência, também, do advogado que seja réu ou querelado, pois refere-se à intervenção em inquéritos e processos em que sejam indiciados (nítida hipótese criminal), acusados ou ofendidos (em igual prisma) os inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. Dessa forma, nos moldes propostos pelo Código de Processo Civil, aplicado por analogia neste caso de lacuna do Processo Penal, a OAB pode atuar como assistente de defesa, quando possui interesse de que a sentença seja favorável ao réu-advogado (art. 50, CPC).*

E mais:

> *Responsabilidade civil. Dano moral. Exceção de suspeiçao. Alegação de cerceamento de defesa. Não ocorrência. Inteligência do art. 330, I do CPC. Matéria exclusivamente de direito. Documentos suficientes para o convencimento do juízo. Preliminares rejeitadas. Assistência simples. Responsabilidade civil. Danos morais. Intervenção voluntária da OAB. Admissibilidade. Precedentes desta Corte de Justiça. Interesse jurídico em razão dos atos praticados pelo advogado no exercício da profissão. Interesse em recorrer caracterizado. Terceiro prejudicado. Recurso provido nesta parte. Responsabilidade civil. Dano moral. Exceção de suspeiçao. Excesso caracterizado no conteúdo da fundamentação. Ofensas irrogadas ao magistrado que excedem o direito de defesa. Alegação de conduta "desastrosa" e "instabilidade do juízo" que não guardam correspondência no art. 135 do CPC. Imunidade profissional relativa. Precedentes do C. STJ. Dano moral caracterizado. Reparabilidade assegurada. Arbitramento. Redução para 200 salários mínimos. Recurso provido em parte.* (TJSP, Relator(a): A Santini Teodoro; Comarca: Comarca nâo informada; Órgão julgador: 2ª Câmara Correição Parcial (Adm) Nº 1.0000.16.003243-9/000 Fl. 7/7 de Direito Privado; Data de registro: 14/08/2007; Outros números: 2689054000).

Portanto, conclui-se, no caso, haver interesse jurídico da OAB para atuar como assistente simples nos autos registrados sob o nº. 0000525-28.2014, em que o advogado Nelson de Miranda foi denunciado

pelo crime de denunciação caluniosa, descrito no artigo 339, combinado com artigos 62, inciso II, e 29, todos do Código Penal.

São estes os fundamentos pelos quais, contra o parecer, confirmo a liminar outrora deferida, para conceder em definitivo a segurança buscada, assegurando à impetrante o direito de atuar como assistente simples, nos autos registrados sob o nº. 0000525-28.2014.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a segurança.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Dorival Moreira dos Santos, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 25 de janeiro de 2017.

***

3ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1400111-96.2017.8.12.0000 - Maracaju
Relator Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – ESTUPRO DE VULNERÁVEL – PACIENTE FORAGIDO HÁ 06 (SEIS) MESES – ARTIGO 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO – INOCORRÊNCIA – LIMITE DA RAZOABILIDADE NÃO ULTRAPASSADO – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO – ORDEM DENEGADA.

Se o paciente, acusado do crime de estupro de vulnerável, esteve foragido por aproximadamente 06 (seis) meses, ensejando a suspensão da persecução criminal, não se cogita de ilegalidade da custódia preventiva, visto que se mostra notório o seu intuito furtivo, devendo-se garantir a aplicação da lei penal até para assegurar o resultado útil do processo.

O sistema de 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 da peculiaridade dos autos, como ocorre quando há necessidade de suspensão do feito, visto que o paciente encontrava-se em local incerto e não sabido.

Ordem denegada.

Com o parecer da PGJ.

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, com o parecer, denegar a ordem.

Campo Grande, 9 de fevereiro de 2017.

Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

O Advogado Francis Thiander Santos Ratier impetra a presente ordem de *habeas corpus* com pleito liminar em favor de Dorial Silva, alegando constrangimento ilegal por parte do Juiz de Direito da 3ª Vara da Comarca de Maracaju/MS.

Segundo o impetrante o paciente foi preso no dia 19 de maio de 2016, pelo suposta prática do delito de estupro de vulnerável e que estaria sofrendo constrangimento ilegal por excesso de prazo.

Em vista disso requer a concessão da ordem de *habeas corpus* em caráter liminar, com o fito de que seja revogada a prisão preventiva e, por conseguinte, expedido alvará de soltura em favor do paciente.

A liminar foi indeferida pela decisão de f. 56/57 e as informações prestadas pela autoridade dita coatora foram juntadas a f. 62/63.

A f. 67/74 a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar, impetrado pelo Advogado Francis Thiander Santos Ratier em favor de Dorival Silva, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Maracaju/MS, almejando, em síntese, a concessão de liberdade provisória sob a alegação de constrangimento ilegal.

Segundo consta dos autos, o paciente foi preso em 19 de maio de 2016, por incurso na pena do artigo 217-A do Código Penal.

Da análise dos autos de origem (nº 0000363-13.2015.8.12.0014), consta que no dia 06 de julho de 2014, por volta das 01h50min, na Rua A. C., n., Vila A., na cidade de Maracaju/MS, o paciente teria supostamente praticado o crime de estupro de vulnerável contra a vítima L. F. de J. R., que contava com 04 (quatro) anos de idade à época dos fatos.

O paciente teve a prisão preventiva decretada em 03 de julho de 2015, contudo não foi encontrado, sendo realizada a citação por edital, e assim, suspenso o prazo prescricional, conforme se verifica nas f. 115/116 (autos de nº 0000363-13.2015.8.12.0014).

Nota-se que já passados aproximadamente 03 (três) anos desde que o crime foi praticado, tendo o paciente sido preso somente em 19 de maio de 2016 conforme noticia a autoridade apontada como coatora a f. 115/116 (autos de nº 0000363-13.2015.8.12.0014), não tendo comparecido ao processo mesmo tendo plena ciência da acusação que recaía sobre si.

Com efeito, era nítida a intenção do paciente de não colaborar com a justiça e evitar a todo custo a aplicação da lei penal. Ao contrário do que alega o impetrante, o paciente, até este momento, não deu nenhuma demonstração de que pretendia colaborar com a aplicação da lei, muito menos que pretendia ser julgado, pois apenas se fez presente em virtude do cumprimento do mandado de prisão. Em caso semelhante a E. 2ª Turma Criminal desta Sodalício já se pronunciou, *in verbis*:

> *HABEAS CORPUS ROUBO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA - RÉU FORAGIDO HÁ MAIS DE 04 (QUATRO) ANOS PRISÃO PREVENTIVA APLICAÇÃO DA LEI PENAL ORDEM DENEGADA. Se o réu, acusado dos crimes de roubo e formação de quadrilha, está foragido há mais 04 (quatro) anos, dando azo à suspensão da persecução criminal, não se cogita a ilegalidade da custódia preventiva, visto que se mostra notório o seu intuito furtivo, devendo-se garantir a aplicação da lei penal até para garantir o resultado útil do processo.* (HC 207.02830-7, 2ª T. Crim., rel. Des. Carlos Eduardo Contar, j. 17/10/07.).

Além disso, de uma minuciosa análise dos autos de origem (nº 0000363-13.2015.8.12.0014) observa-se que a denúncia foi oferecida no dia 29 de junho de 2015; em 03 de julho de 2015 foi decretada a prisão preventiva; em 23 de julho de 2015 foi recebida a denúncia; em 03 de agosto de 2015 determinou-se a citação do paciente por edital após constatar-se estar em local incerto e não sabido; em 09 de dezembro

de 2016 transcorreu o prazo da citação por edital nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal; em 25 de fevereiro de 2016 foi determinada a expedição de mandado judicial de prisão, tendo o mandado sido cumprido em 19 de maio de 2016 ; em 24 de maio de 2016 o paciente entrou com um pedido de revogação de prisão; em 01 de junho de 2016 foi indeferido pela autoridade apontada como coatora; em 14 de setembro de 2016 foi designada audiência de instrução e julgamento e em 18 de outubro de 2016 foi redesignada a audiência em virtude de a autoridade coatora responder por outra comarca, ficando assim a audiência para interrogatório designada para o dia 31 de março de 2017, não havendo constrangimento ilegal por desídia do judiciário.

O que se vê neste caso, é que o feito observou o trâmite possível dentro de suas peculiaridades, já que houve necessidade de redesignar a audiência de instrução e julgamento para intimação das testemunhas de acusação e para interrogatório do paciente, inexistindo, dessa maneira, coação ilegal, devendo ser mantida a prisão preventiva, fundamentada na realidade dos fatos, que abonam a excepcionalidade da segregação.

Ainda, é pacífico o posicionamento no sentido de que os prazos indicados para encerramento da instrução criminal não são absolutos e servem, especialmente, como parâmetro geral, variando conforme as peculiaridades de cada processo. Neste sentido, o julgamento do *Habeas Corpus* n. 2012.011202-7, Primeira Câmara Criminal, Rel. Desª Marilza Lúcia Fortes, j. 21.5.2012, *in verbis*:

> *O prazo para a conclusão da instrução processual não é absoluto, fatal e improrrogável e pode ser dilatado ante a peculiaridade do caso concreto, o que torna razoável e justifica a demora no encerramento da instrução criminal, de modo a afastar o alegado constrangimento ilegal.*

Por fim, no tocante à aplicação das medidas cautelares (art. 319 do Código de Processo Penal), não se mostram adequadas, pois frente à presença dos pressupostos autorizadores da prisão preventiva (art. 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal), revelam-se insuficientes e desproporcionais. Por oportuno, colaciono o entendimento dos Tribunais de Justiças Pátrios:

> *EMENTA: HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - REVOGAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA - ADVENTO DA LEI 12.403/11 - SUBSTITUIÇÃO POR OUTRAS MEDIDAS CAUTELARES - INVIABILIDADE - PRESSUPOSTOS E REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP NITIDAMENTE PRESENTES NOS AUTOS - NECESSIDADE DE SE GARANTIR A ORDEM PÚBLICA E A PAZ SOCIAL - OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA - ARGUMENTO IMPROCEDENTE - DENEGADO O HABEAS CORPUS. I- Demonstrada a necessidade da prisão preventiva, verifica-se que as medidas cautelares não se mostram suficientes para garantir a efetividade do processo. II - Sendo o tráfico de drogas, hodiernamente, o crime de maior preocupação das políticas de segurança pública, existindo nos autos fortes indícios de autoria e estando comprovada a materialidade delitiva, a prisão preventiva, medida de exceção, se faz necessária para garantia da ordem e da saúde pública, mormente diante das circunstâncias em que se deram a prisão do paciente, que indicam uma habitualidade na prática criminosa. III- O princípio constitucional da presunção de inocência não influi na análise da necessidade da manutenção da prisão cautelar, apenas impede a antecipação dos efeitos da sentença.* (TJMG - *Habeas Corpus* Criminal 1.0000.16.078581-2/000, Relator(a): Des.(a) Alberto Deodato Neto , 1ª Câmara Criminal, julgamento em 01/11/2016, publicação da súmula em 11/11/2016)"

Por esses fundamentos, com o parecer, denego a ordem de *habeas corpus*.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, com o parecer, denegaram a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Dorival Moreira dos Santos

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Des. Dorival Moreira dos Santos e Des. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 09 de fevereiro de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0008536-96.2014.8.12.0002 - Dourados
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ESTUPRO DE VULNERÁVEL E SATISFAÇÃO DE LASCÍVIA MEDIANTE PRESENÇA DE CRIANÇA/ADOLESCENTE – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – PRETENSÃO DE CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL – REFORMA DA SENTENÇA – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS – PALAVRA DA VÍTIMA COERENTE – APLICAÇÃO DA SANÇÃO PENAL CORRESPONDENTE – SATISFAÇÃO DE LASCÍVIA – CRIME NÃO CONFIGURADO – ATOS LIBIDINOSOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Há no âmbito dos presentes autos, elementos de convicção suficientes no sentido de consubstanciar os fatos imputados ao apelante na denúncia. Na situação, as provas são suficientes quanto a infração penal praticada referente ao crime de estupro de vulnerável. A palavra da vítima é de fundamental importância na busca pela verdade real, sobretudo nos casos de crimes sexuais.

Nos crimes sexuais, o depoimento da vítima é relevante como elemento de prova, ainda mais quando em consonância com o conjunto probatório.

No crime previsto no art. 218-A, do Código Penal, o agente convence o menor a presenciar sua atividade sexual ou permite que a sua relação sexual seja assistida pela criança/adolescente. Nesse não há o envolvimento corporal do vulnerável. No caso dos autos, como o agente praticou ato libidinoso com a vítima, esta caracterizado somente o crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, do Código Penal.

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, com o parecer, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o Vogal.

Campo Grande, 12 de dezembro de 2016.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pelo Ministério Público Estadual contra a sentença de fls. 156-160, prolatada pelo magistrado da 2ª Vara Criminal que que absolveu o apelado da imputação pela prática do crime previsto no art. 217-A, *caput*, e art. 218-A, *caput*, c/c art. 226, II, todos do Código Penal, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

O órgão acusador pelo recurso interposto às fls.168-185, requer a reforma da sentença para o fim de condenar o apelado como incurso nas penas do art. 217-A, c/c art. 226, II, e art. 217-A, *caput*, c/c art. 226, II, ambos do Código Penal.

O apelado pelas contrarrazões de fls. 192-196 requer o improvimento do recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por um dos seus membros, pelo parecer de fls. 206-213, manifestou-se, opinando pelo conhecimento e provimento do recurso interposto.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pelo Ministério Público Estadual contra a sentença de fls. 156-160, prolatada pelo magistrado da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados/MS, que absolveu o apelado da imputação pela prática do crime previsto no art. 217-A, *caput*, e art. 218-A, *caput*, c/c art. 226, II, todos do Código Penal, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Narra a denúncia, o seguinte:

> *No mês de junho de 2013, na rua J. A. T., n., Jardim O. V., nesta cidade, o denunciado estuprou a criança I. A. da S. P., nascida no dia 26/12/2003. Apurou-se que a vítima constantemente frequentava a residência de sua avó paterna, J. A. F., situada na rua J. A. T., n., Jardim O. V., nesta cidade, onde também morava o denunciado, que é seu tio. No mês de junho de 2013, em dia não especificado, o denunciado, aproveitando-se da ausência de outras pessoas na casa, decidiu abusar sexualmente da vítima. O denunciado beijou a criança, de apenas 9 (nove) anos de idade, na boca, como ainda passou a acariciar o corpo dela. Em seguida, o denunciado levou a menina para o quarto e a despiu. Lá, o denunciado introduziu o dedo na vagina da criança e praticou sexo oral nela. Enquanto molestava sexualmente a vítima, o denunciado, a todo o momento, pedia para que ela não contasse nada a ninguém, o que acabou por garantir o sigilo do crime. Posteriormente, ainda no mês de junho de 2013, mas em outra data, o denunciado, com a finalidade de satisfazer sua lascívia, praticou atos libidinosos na presença da criança. O denunciado exibiu seu pênis para a menina e pediu que ela o acariciasse. Diante da recusa, o denunciado então, como forma de obter prazer sexual,, começou a se masturbar na frente dela. A ação fora visualizada por G. A. da S. P. e B. A. M., respectivamente irmão e primo da vítima, que decidiram, naquela ocasião, permanecerem calados e não relatarem o acontecido a ninguém. Depois de alguns meses, em maio de 2014, a conselheira tutelar Kézia Gouvea Zago recebeu uma denúncia anônima de que a criança I. era vítima de abuso sexual, razão pela qual decidiu averiguar a notícia e procurar a família dela. A vítima então acabou por contar em detalhes que havia sido molestada sexualmente pelo denunciado, que é seu tio, ocasião em que G. A. da S. P. e B. A. M. confirmaram que presenciaram uma das situações. Diante disso, a conselheira tutelar Kezia Gouvea Zago compareceu à Delegacia de Polícia e registrou ocorrência policial.*

O Ministério Público, pelo recurso interposto, requer a reforma da sentença para o fim de condenar o apelado como incurso nas penas do art. 217-A, c/c art. 226, II, e art. 218-A, *caput*, c/c art. 226, II, ambos do Código Penal.

Como é elementar, o julgador forma a sua convicção livremente, analisando o conjunto probatório produzido no processo, com a devida fundamentação.

Verifica-se que o suporte fático é suficiente para ensejar um juízo condenatório, tendo em vista os elementos informativos colhidos na fase inquisitiva, corroborados pelas provas produzidas em juízo, que são de forma a evidenciar a materialidade e a autoria do fato delituoso referente ao crime de estupro de vulnerável.

O depoimento da vítima, ainda que tenha demonstrado que em determinados momentos aparentava ser pessoa introvertida e retraída, mas quando falava se mostrava coerente, e em consonância com os demais elementos da prova testemunhal, conforme depoimentos que abaixo serão analisados. Veja:

A denúncia narra que o apelante beijou a vítima na boca, acariciou o corpo dela, levou a menina para o quarto, a despiu, introduziu o dedo no seu órgão genital e praticou com ela sexo oral.

Na fase investigativa, no depoimento da conselheira tutelar Kezia Gouvea Zago (fl. 12), consta que:

> *(...) recebeu uma denúncia acerca de um possível abuso sexual sofrido pela menina (...)" Em conversa com I. esta relatou que na casa da avó paterna, onde mora o tio J. M. P., estava sozinha com o tio, e este tio beijou a boca da menina, passou a mão no corpo, e nas partes íntimas, inclusive colocou o dedo da vagina de I., e que este fato ocorreu mais de uma vez. I. disse que o tio certa vez lhe mostrou o pênis e ficou se masturbando na frente dela, fato presenciado pelo irmão G.*

Consta ainda que "*a menina contou a tia G., irmã de seu pai.*"

Com efeito, ainda que na fase judicial o Ministério Público tenha desistido da oitiva do depoimento da Conselheira tutelar, conforme termo de fl. 112, o depoimento da vítima, ainda que de forma introvertido, no início dizendo que não se lembrava, depois passou a relatar os fatos, gradativamente, dizendo que ficava, às vezes, na casa da sua avó, e nesse dia estava com o seu tio.

Indagada, em depoimento especial, titulado de depoimento sem dano, acompanhado por assistente social, a vítima afirmou que continuava tendo contato com o seu tio, que conversava com ele normalmente, que não tem "receio" dele, que não sente nada quando o vê, mas quando indagada se ficava sozinha com ele, disse, de forma retraída, que não sabia.

Perguntada mais uma vez, pela assistente social, se o tio era carinhoso ou estranho, a vítima se mostrou constrangida, se retraiu e silenciou. Perquirida ainda sobre o que aconteceu, afirmou que não queria lembrar o que aconteceu, mas afirma, ainda que de forma retraída, que aconteceu, que está tentando lembrar, mas confirmou com gesto de cabeça que aconteceu.

Na sequência, no mesmo depoimento, por áudio, passou a narrar, de forma espontânea, que o pai foi levar o irmão para a terapia, que passou a vassoura no quintal, entrou na casa, aí foi na sala assistir TV e o tio estava lá sentado, nesse momento, novamente a vítima se retraiu, mostrou-se aparentemente nervosa, silenciou, depois volta a relatar que ele pediu para ela sentar no colo dele, aí baixou a cabeça, ficou quieta por instantes e mais uma vez, disse que estava tentando lembrar.

Indagada se o tio a beijou na boca, mais uma vez silencia, receia e afirma que o tio a beijou na boca, que sentou no colo dele. Nesse momento, ainda que de forma retraída, confirma que o tio passou a mão no seu corpo, receando ainda que não sabe direito o nome da parte do corpo que ele passou a mão, mas indica para o seu órgão genital.

A vítima confirma que o tio passou a mão nela, por baixo da roupa, dentro da calcinha, mas que não tirou a roupa dela, que não sabe se o tio abaixou a calcinha dela. Em continuidade, disse que o tio abaixou a sua calcinha e beijou a sua "perereca", achando que isso aconteceu na sala.

Afirmou que o tio mexeu no "pipiu" dele, que tirou pelo zíper e ficou mexendo. Confirma que isso aconteceu mais de uma vez.

Afirma que o G. viu isso acontecer outro dia, que o G. falou para ela que viu, disse que não sabe se o primo B. viu.

Disse que contou o que aconteceu para a sua tia G. Nesse momento, a vítima ficou nervosa, mas repete e relata que a tia perguntou "*I. seu tio está mexendo com você ?*" Disse que a tia a levou para o quarto, trancou a porta e ela contou para a tia, que não contou para o pai, porque estava com medo do pai. (destaquei)

Verifica-se que o depoimento da vítima está aliado com o depoimento da conselheira tutelar, ainda que prestado na fase investigativa, mas corroborando em juízo os elementos informativos constantes do depoimento da Conselheira tutelar.

Fortalece ainda mais os elementos embasadores o depoimento do pai da vítima.

Impende ressaltar que o art. 239 do Código de Processo Penal estabelece que a circunstância conhecida e provada, que tendo relação com o fato, autoriza, por indução, concluir pela existência de outra ou outras circunstâncias.

Como bem se sabe, o indício, exclusivamente, não tem força suficiente para levar a uma condenação. No entanto, a existência de vários indícios, como no presente caso, aliado à palavra da vítima, ainda mais se tratando de crime sexual, torna possível certeza da ocorrência dos fatos atribuídos ao réu, capaz de levar a um juízo condenatório.

Como pondera o ilustre Doutrinador Guilherme de Souza Nucci, em seu comentários ao Código de Processo Penal, ao tratar do valor probatório dos indícios, *"Nem tudo se prova diretamente, pois há crimes camuflados – a grande maioria – que exigem a captação de indícios para a busca da verdade real."*

Pelo contido no depoimento do pai da vítima, I. M. P., que disse que foi Conselho tutelar que informou sobre a ocorrência.

Disse, ainda, que G. lhe passou os fatos, que ele não concordou e que não sabia, que falou com I., mas que ela começou a chorar.

O pai da vítima relatou, também, que o Conselho Tutelar falou que foi uma pessoa da família quem fez a denúncia, mas a identidade tinha que ser preservada.

Declarou, ainda, que mora na casa, a sua mãe, o seu pai, o irmão e o sobrinho B..

Disse que G. confirma a situação, mas que B. disse que tinha visto, mas depois disse que não sabia e que estava longe e escuro e que não tinha certeza que G. estava junto.

O pai da vítima afirmou também que o apelado sempre trabalhou à noite.

Como acima mencionado, a Conselheira tutelar na fase investigativa disse que a vítima contou os fatos para a tia G.. O pai da vítima disse que uma pessoa da família foi quem fez a denúncia no Conselho tutelar, mas que a identidade dessa pessoa teria que ser preservada.

O pai da vítima em seu depoimento disse que B.R, o seu sobrinho, primeiramente, disse que tinha visto e depois que não sabia.

G. da S. P., irmão da vítima, confirmou, em parte, o depoimento prestado na fase investigativa, dizendo que pela posição, pelo movimento, parecia que o apelado estava mostrando o pênis para fora, que movimentava, que I. estava sentada ao lado do tio em uma cadeira, mas que não deu para ver nitidamente, porque estava a noite.

Disse que não estava no dia que o tio acariciou I., mas que ficou sabendo pelo primo B. que achou o tio e I. no escuro, no quarto, sozinhos, mas que não conversa com a irmã sobre isso. (destaquei)

B., por sua vez, em juízo, negou que saiba dos fatos, mudando a sua versão prestada na fase investigativa. Aliás, essa circunstância bem se coaduna com o depoimento do pai da vítima, como acima já constatado, que disse que B., primeiramente, disse que tinha visto, depois disse que não sabia.

Afirmou, ainda, o irmão da vítima, G., que o tio mora na edícula do fundo, mas que tem trânsito livre na casa da avó. Que não falou mais com o pais sobre isso nem com o primo, e que continua indo na casa dos avós.

A mãe da vítima, G. A. da S., disse que ficou sabendo dos fatos pelo Conselho Tutelar. Que I. não falou para ela que isso estava acontecendo; que I. falou para a Justiça, que I. é muito envergonhada, que não falou nada para ela dos fatos narrados. Que não ouviu nada de G. e B. sobre os fatos.

Afirmou que ele (o apelado) chegou a conversar com ela; que perdoou ele, porque tem o juiz aqui da terra e o juiz do céu. (destaquei)

Que percebia a filha nervosa, que chorava, que tirava nota baixa na escola, mas acredita que é por causa da perda em parte da visão da filha. Que continua frequentando a casa dos sogros, que deixava as crianças antes sozinha na casa, que agora não deixa mais. Que se ela soubesse, entre os parentes teria resolvido. (destaquei)

Por fim, afirma que a filha não falou sobre os fatos.

B. A. M., primo da vítima e sobrinho do apelado, nega que sabe dos fatos. Que não ouviu e nem falaram nada para ele. Que não conversou com o tio sobre isso. Que viu movimento de mão debaixo da mesa da cozinha, que ele estava fora da casa há mais ou menos uns dez metros e que estava a noite.

Que não viu o apelado mostrar ou tirar o pênis para fora, só movimentando, mas que não tinha a ver com masturbação.

Por fim, a testemunha B. disse que a vítima agora raramente frequenta a casa do tio, que não chega perto dele mais porque o pai não deixa e a família não autoriza. (destaquei)

Desse modo, o conjunto das provas produzidas no processo se apresenta suficiente para confirmar em parte a acusação imputada ao apelante.

É uma circunstância que esse julgador examina com pesar, mas que exige reprovabilidade.

No contexto probatório, apesar de o apelante negar a autoria, a sua ação restou evidenciada por outros elementos do conjunto probatório, principalmente pelo depoimento da vítima em conjunto com os demais elementos de prova acima constatados, principalmente em crimes dessa natureza, sem deixar de considerar ainda o contexto em que ocorreu a conduta criminosa, bem como sem deixar de considerar o resulto dessa conduta no convívio da família.

A Lei 12.015/2009, tipificou o delito de estupro de vulnerável que se caracteriza pela prática de qualquer ato libidinoso, com menor de 14 (quatorze) anos.

Esse tipo penal enfoca a vítima como critério de tutela jurídica penal.

O caso em exame conclama essa proteção.

O estupro de vulnerável é sem dúvida crime grave, que justifica uma maior reprovabilidade diante da covardia do agente, na condição de tio da vítima, da fragilidade desta última, sem perder de vista a amplitude dos efeitos negativos causados inclusive no convívio familiar.

Não se olvide que o apelado deve ser condenado. A palavra da vítima nessa espécie delitiva tem grande relevância. Em se tratando de delito praticado na clandestinidade, é de dar-se especial relevâncias às palavras da vítima, como elemento de prova, desde que em consonância com o conjunto probatório. (TACRIM-AC, RJD 16/149)

Considerando o relato da vítima, somado a prova testemunhal produzida, só se pode afirmar que a conduta criminosa do apelado importa em atos libidinosos, já que o tipo penal de estupro de vulnerável contempla duas condutas distintas, no caso o apelante praticou o ato libidinoso, pelo que deve ser condenado.

No que se refere a pretensão ministerial de condenação também pelo delito previsto no art. 218-A, do Código Penal referente ao crime de satisfação da lascívia, esse pleito recursal não comporta acolhimento.

Da mesma forma que o crime previsto no art. 217-A, também do Código Penal, o artigo acima em comento tem por bem jurídico penalmente tutelado a dignidade sexual do menor de quatorze anos.

No crime em apreço o agente convence o menor a presenciar sua atividade sexual ou permite que a sua relação sexual seja assistida pela criança/adolescente. Nesse não há o envolvimento corporal do vulnerável.

No caso dos autos, como o agente praticou ato libidinoso com a vítima, esta caracterizado somente o crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, do Código Penal.

O contexto probatório coligido durante a persecução penal não deixou dúvidas de que, de fato, o apelado incorreu nas sanções penais do art. 217-A, c/c art. 226, II, todos do Código Penal.

Enfim, como a prova colhida está a demonstrar ter ocorrido em parte o fato sobre o qual se baseia a imputação feita pela acusação, o pleito recursal comporta parcial acolhimento, com a condenação do apelado.

Passo, então, à fixação da pena do apelado.

Atendendo-se ao disposto no art. 59 do Código Penal, na primeira fase, o réu agiu com culpabilidade normal à espécie; não consta dos autos antecedentes criminais; conduta social e personalidade sem elementos de anormalidade que possam ser considerados, razão pela qual deixo de valorá-las; motivos, as circunstâncias e as consequências do crime são normais e inerentes ao tipo penal, pelo que também não justificam valoração negativa.

Desse modo, as circunstâncias judiciais são normais à espécie e inerentes ao tipo penal, pelo que fixo a pena-base, no mínimo legal, ou seja, em 8 (oito) anos de reclusão.

Na segunda fase, diante da inexistência de atenuantes/agravantes, fica a pena intermediária no mesmo patamar.

Por fim, na terceira fase, não havendo causa de diminuição de pena a ser considerada, mas presente a causa de aumento de pena prevista no art. 226, II, **aumento a pena em metade, pelo fica a pena estabelecida definitivamente em 12 (doze) anos de reclusão.** (destaquei)

Em atendimento ao art. 33, e seus parágrafos, do Código Penal, fixo o regime prisional inicial no fechado.

Por derradeiro, no que tange ao prequestionamento suscitado, abe esclarecer que a matéria quanto a insuficiência de provas já foi totalmente apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de princípios e normas legais em razão de ter sido amplamente debatida.

Diante do exposto, em parte com o Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, dou parcial provimento ao recurso do Ministério Público Estadual para julgar procedente em parte o pedido formulado na denúncia e condenar o réu à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, por infração ao art. 217-A, c/c art. 226, II, ambos do Código Penal.

Prevalecendo este posicionamento, considerando o recente entendimento do STF, nos termos do que restou decidido no HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016, admitindo a possibilidade da execução provisória da pena após o julgamento em segunda instância, sem que isso ofenda o princípio constitucional da presunção de inocência e considerando, ainda, que no caso concreto os fatos ocorreram em 2013 e são de elevada gravidade, de ofício, determino o início imediato da execução da pena pelo apelado. Extraiam-se cópias das peças necessárias para a expedição de guia de execução provisória e encaminhem-se ao Juízo da Execução Penal competente para as providências cabíveis.

Expeça-se ainda o correspondente mandado de prisão.

Prevalecendo este voto, nos termos da Resolução nº 113/2010 (art. 1º, § 1º), comunique-se ao Juiz da Execução Penal.

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

Acompanho o e. Relator e dou parcial provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público do Estado de Mato Grosso Do Sul, apenas para condenar o acusado nas sanções do art. 217-A (estupro de vulnerável), do Código Penal.

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Vogal)

Relembrando. Trata-se de apelação criminal interposto pelo Ministério Público Estadual contra sentença proferida pelo magistrado da 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados/MS, que absolveu o apelado José Marques Pereira da prática do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP) e prática de ato libidinoso na presença de menor de 14 anos (Art. 218-A, CP) por insuficiência de provas.

Em suas razões requer a reforma da sentença para fim de condenar o apelado.

O e. Relator, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, deu parcial provimento ao recurso ministerial para condenar o réu à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de estupro de vulnerável cometido contra sobrinha (art. 217-A, c/c art. 226, II, CP).

Divirjo do nobre Relator para negar provimento ao recurso ministerial.

Consta nos autos que no mês de junho de 2013, o apelante J. M. P., teria abusado sexualmente da criança I. A. da S.P, sua sobrinha, nascida em 26/12/2003. A exordial narra que o acusado teria beijado a menina na boca e a levado até para o quarto onde a despiu e introduziu o dedo em sua vagina, além de ter praticado sexo oral.

Consta ainda que, ainda no mês de junho de 2013, porém em outra data, o denunciado praticou atos libidinosos na frente da vítima consistente em mostrar o seu pênis e ter se masturbado.

Pois bem, após detida análise dos autos, verifico que agiu com acerto o magistrado singular, pois as provas colhidas durante a instrução são insuficientes para alicerçar um édito condenatório.

Como se sabe, o decreto de condenação impõe, como imperativo ético-legal, a plena convicção (e não qualquer convicção). Ou seja, somente prova hábil, séria, definitiva, incontestável, destruidora de todas as hipóteses defensivas tem o condão de abalar o primado da inocência. (Apelação Crime nº 70049217607, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 04/07/2012.)

Há, é verdade, alguns indicativos da prática delitiva, porém "*ninguém pode ser condenado a partir de meros indícios, senão que a presunção de inocência exige prova robusta para um decreto condenatório. Pensar o contrário significa desprezar o sistema de direitos e garantias previstos na Constituição, bem como situar-se na contramão da evolução do processo penal*" (Lopes Júnior, Aury. Direito Processual Penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2013).

Com essas premissas em mente, é fácil observar que a sentença absolutória deve ser mantida, pois, analisando o processo, há dúvida razoável sobre o crime e a respectiva autoria, mostrando-se a absolvição, frente à equivalência das teses acusatórias e defensivas, a única solução possível de ser albergada pelo princípio da presunção de inocência.

A vítima ao ser ouvida em juízo (p. 112) não manteve firme seu depoimento. Aliás, foi contraditória em diversas ocasiões, ora afirmando que o réu não a despiu, ora afirmando que o mesmo abaixou sua calcinha.

As testemunhas G. e B., irmão e primo da vítima, respectivamente, não mantiveram as declarações prestadas na fase extrajudicial no sentido de que viu o apelante se masturbando em frente à vítima, tendo B. afirmado que não tem conhecimento acerca do sexo oral praticado pelo recorrente.

A genitora da vítima, ouvida em juízo, afirmou que sua filha não teria relatado nenhum abuso sexual por parte do réu, afirmou ainda que frequenta a casa do mesmo. Por sua vez, o pai da vítima, irmão do réu, declarou em juízo que não acredita que o apelante teria cometido tais crimes.

Por fim, o apelante, em ambas as ocasiões em que foi ouvido, negou veementemente os fatos.

Enfim, as circunstâncias acima elencadas são suficientes para lançar a dúvida razoável acerca dos fatos, e, como probabilidade não se confunde com certeza, o único caminho a ser trilhado é o da absolvição, em observância à regra do *in dubio pro reo* e ao princípio da presunção de inocência, sobre o qual são percucientes os ensinamentos do já citado Aury Lopes Júnior:

> *No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia).*
>
> *Tal é a sua relevância que Amilton B. de Carvalho afirma que 'o Princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é 'pressuposto' – para seguir Eros –, nesse momento histórico, da condição humana.'*

A presunção de inocência é, ainda, decorrência do princípio da jurisdicionalidade, como explica Ferrajoli, pois, se a jurisdição é a atividade necessária para obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena.

Segue o autor explicando que é um princípio fundamental da civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade e algum culpável. Isso porque, ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.

Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (ou defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na Justiça. É uma defesa que se oferece ao arbítrio punitivo. Destarte, segue Ferrajoli, o medo que a Justiça inspira nos cidadãos é signo inconfundível de perda da legitimidade política da jurisdição e, ao mesmo tempo, de sua involução irracional e autoritária.

(...)

Sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve(ria) ser um princípio da maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição 'negativa' (não o considerando o culpado), mas sim ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente).

Podemos extrair da presunção de inocência que a formação do convencimento do juiz deve ser construído em contraditório (Fazzalari), orientando-se o processo, portanto, pela estrutura acusatória que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (...)

Por tudo isso, a presunção de inocência, enquanto princípio reitor do processo penal, deve ser maximizada em todas suas nuances, mas especialmente no que se refere à carga da prova (regla del juicio) e às regras de tratamento do imputado (limites à publicidade abusiva [estigmatização do imputado] e à limitação do (ab)uso das prisões cautelares.

A presunção de inocência afeta, diretamente, a carga da prova (inteiramente do acusador), diante da imposição do in dubio pro reo); (...)

Em suma: a presunção de inocência impõe verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz – determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; (...)" (idem - p. 226-230)

Diante do exposto, divirjo do nobre Relator e voto no sentido de negar provimento ao recurso ministerial a fim de manter a sentença absolutória em favor de J. M. P..

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, com o parecer, deram parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencido o Vogal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 12 de dezembro de 2016.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0002018-71.2016.8.12.0018 - Paranaíba
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR INEXISTÊNCIA DE PROVAS – ACESSO A DADOS ARMAZENADOS EM TELEFONE CELULAR APREENDIDO – AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO – INOCORRÊNCIA – PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE – PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA-BASE – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA QUANTO ÀS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME – AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA CONFIGURADA – RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS – ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL – INCABÍVEL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

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 do réu e posterior verificação do conteúdo.

Se o conjunto probatório deixa evidente que o agente praticou o crime de tráfico de drogas, deve ser mantida a condenação.

Se a circunstância judicial das consequências do crime foi fundamentada de forma inerente ao tipo penal, reduz-se a pena-base para montante adequado, justo e suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Tendo o agente sido condenado definitivamente por duas vezes, não há falar em *bis in idem*, pois a reincidência não foi considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial.

Resta configurada a agravante da reincidência se entre a data da extinção da pena e a presente infração decorreu lapso temporal inferior a 05 anos (art. 64, I, CP).

Deixa-se de aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, se demonstrado nos autos que o agente possui antecedentes criminais e é reincidente, bem como se dedicava às atividades criminosas.

Se o apelante é reincidente e possui circunstâncias judiciais negativas, em atendimento ao art. 33, parágrafos 2º e 3º do Código Penal, deve ser mantido o regime prisional fechado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, prover em parte o recurso, por unanimidade.

Campo Grande, 6 de fevereiro de 2017.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Edivan Reis da Silva, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 07 anos de reclusão e 700 dias-multa, no regime fechado, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 (fls. 191-206).

Pede a absolvição por insuficiência de provas, pois sempre negou a participação no delito e o corréu Bruno assumiu sozinho a traficância, sendo nulas as provas obtidas através das informações contidas em seu celular, sem autorização judicial.

Alternativamente, pede a pena-base para o mínimo legal, por ter sido exacerbada sem motivos plausíveis, o afastamento da agravante da reincidência, o reconhecimento da minorante do privilégio (no máximo previsto), bem como a alteração do regime prisional para o aberto (fls. 224-234).

O órgão ministerial, em contrarrazões, pugnou pelo desprovimento do recurso (fls. 238-259).

No parecer, a Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no mesmo sentido (fls. 272-287).

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Narra-se na denúncia que, no dia 26/04/16, por volta das 23:10 horas, na residência localizada na Travessa "B", n. 70, Bairro Daniel I, na Comarca de Paranaíba, o denunciado Bruno Martins de Santi transportou e guardou 25.600 gramas (vinte e cinco quilos e seiscentos gramas) de maconha.

Consta ainda que, no dia 23/04/16, em horário desconhecido e em local que não se pode precisar, o denunciado Edivan Reis da Silva adquiriu 25.600 de maconha em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Edivan Reis da Silva, qualificado nos autos, foi condenado à pena de 07 anos de reclusão e 700 dias-multa, no regime fechado, por infração ao art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06 (fls. 191-206).

Em seu recurso, pede a absolvição por insuficiência de provas, pois sempre negou a participação no delito e o corréu Bruno assumiu sozinho a traficância, sendo nulas as provas obtidas através das informações contidas em seu celular, sem autorização judicial. Alternativamente, pede a pena-base para o mínimo legal, por ter sido exacerbada sem motivos plausíveis, o afastamento da agravante da reincidência, o reconhecimento da minorante do privilégio (no máximo previsto), bem como a alteração do regime prisional para o aberto (fls. 224-234).

Pois bem.

A autoria e a materialidade do fato delituoso estão demonstradas no auto de prisão em flagrante delito, boletim de ocorrência (fls. 38-39), auto de exibição e apreensão de 25,6 Kg de maconha, três telefones celulares e um veículo Fiat/Uno (fls. 41 e 45), laudo preliminar de constatação prévia - maconha (fls. 33-34), relatório de investigação (fls. 42-44), laudos de exame em aparelho celular (fls. 77-85), toxicológico (fls. 111-114) e de exame em veículo (fls. 115-124) e declarações das testemunhas.

Restou demonstrado no conjunto probatório que havia cerca de um mês que policiais civis vinham investigando o ora apelante Edivan, como incentivador e partícipe de crimes de roubo a fim de custear o tráfico de drogas na cidade de Paranaíba.

Os policiais descobriram que o apelante Edivan participou de um roubo, praticado no dia 01/04/16, em Paranaíba, pelas pessoas de Nelson e Rair, auxiliando-os na fuga, utilizando um veículo Fiat/Strada, de cor verde. Após este delito, o apelante teria fugido para esta Capital.

Posteriormente, os policiais civis receberam informações de que o apelante Edivan, no dia 09/04/16, retornaria para Paranaíba levando um carregamento de drogas. Fizeram barreira na rodovia, próximo da base da Polícia Rodoviária Estadual, e viram-no conduzindo um veículo HB20-X. Contudo, ele desobedeceu a ordem de parada e empreendeu fuga em uma estrada vicinal, acabou capotando o veículo, mas conseguiu se evadir. No interior do veículo, os policiais apreenderam roupas (pelo porte físico aparentavam ser de Edivan), 20 tabletes de maconha e um celular, que continha a mensagem "Edivan".

Descobriram que o apelante fugiu novamente para Campo Grande e depois teria ido para região de fronteira, possuindo estreita relação com "Ramão", que residia na região de Nioaque/MS, e seria um possível fornecedor seu, bem como que estaria organizando novo transporte de maconha para Paranaíba, a partir do dia 23/04/16, que seria incumbido ao corréu Bruno.

Assim, no dia 26/04/16, por volta das 23 horas, os policiais realizaram campana próximos da residência de Bruno, em Paranaíba, e viram-no chegando, conduzindo o veículo Fiat/Uno. Intencionavam aguardar a entrega da droga para o apelante, porém diante da movimentação anormal de pessoas no Bairro e do adiantado da hora, resolveram antecipar a abordagem acionando a Polícia Militar.

No tanque de combustível do veículo Fiat/UNo foram localizados 25,6 Kg de maconha, momento em que Bruno confessou o transporte ilícito, bem como confirmou que, dias antes, encontrou o ora apelante Edivan nesta Capital e lhe deu uma carona até a cidade de Aquidauana/MS, negando que tivesse mantido contato com ele na noite anterior, via telefone celular, ou que lhe entregaria a droga transportada (fls 14-16).

Em seguida, o ora apelante Edivan, que já possuía mandado de prisão temporária expedido em virtude da participação no roubo cometido no dia 01/04/16, também foi preso. Negou a traficância, porém, em contradição com a versão do corréu Bruno, negou que tivesse pegado carona com ele de Campo Grande a Aquidauana, afirmando, inobstante, que na noite anterior, haviam conversado pelo celular. Confirmou, ainda, que havia ido para Aquidauana, porém de carona com outra pessoa, que não soube informar o nome ou endereço, alegando não saber se no celular de sua esposa havia fotos do Fiat/Strada utilizado em crime anterior. Por fim, disse que conhecia Bruno de vista, mas que tinha o número dele em sua agenda telefônica, e que na noite anterior ele lhe telefonou para jogar sinuca (fls. 17-19).

Além disso, os policiais constataram que nos aparelhos de telefone celular do apelante e do corréu Bruno havia o contato de "Ramão" (n. 067-8105-7808), bem como que no celular de Edivan haviam imagens do veículo Fiat/Strada utilizado para dar fuga aos corréus de um roubo, ocorrido dias antes.

Em juízo, o apelante negou que tivesse envolvimento no tráfico, enquanto o corréu Bruno confirmou que buscou a droga para revender e acabou sendo preso, tendo a adquirido na cidade de Bela Vista/MS, pagando o valor de R$ 3.000,00 pela substância, a qual lhe pertencia (fl. 107 – audiovisual).

Entretanto, em juízo, as testemunhas policiais Thiago Amaral Abrahão e Maicon de Souza Silva confirmaram que receberam diversas informações tanto de populares, quanto da Inteligência da Polícia desta Capital no sentido de que o apelante Edivan estava envolvido em roubos e tráfico de drogas em Paranaíba e, que na época dos fatos, havia contratado o corréu Bruno para transportar a droga da fronteira até Paranaíba. Já tinham tentado prendê-lo em outro tráfico de drogas e um roubo, porém ele conseguia fugir. Ratificaram, ainda, que no dia 26/04/16 realizaram campana na residência de Bruno e viram-no chegando com o veículo Fiat/Uno, que continha em seu tanque de combustível, um total de 25,6 Kg de maconha, sendo que esta era de propriedade do apelante Edivan (fl. 107 – audiovisual).

Consta, ainda, que o apelante Edivan também foi preso em flagrante no dia 06/07/15, por tráfico de drogas, na cidade de Jardim/MS, transportando mais de 657 Kg de maconha e munições de calibre .38, juntamente com outras pessoas não identificadas, respondendo a ação penal n. 00002423-59.2015.8.12.0013.

Vê-se que o apelante e o corréu Bruno já se conheciam há tempos e mantinham certa amizade, tanto que possuíam os respectivos números de telefones registrados nas agendas telefônicas e viajaram juntos para Aquidauana, certamente para negociar a aquisição da droga.

Com relação à alegação defensiva de que são nulas as provas obtidas através das informações contidas no celular do apelante, sem autorização judicial, ressalto que, na verdade, somente foram constatadas imagens do veículo Fiat/Strada, que se referem à prática de outro delito, bem como a existência de um contato, "Ramão", comum na agenda telefônica de ambos réus (n. 067-8105-7808).

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.

Aliás, estas informações pouco serviram para condenação do caso em tela, sendo muito mais relevantes as provas testemunhais aliadas aos autos de apreensão e laudos periciais

Vê-se que 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.

Quanto ao argumento de ausência de autorização judicial para obtenção das informações nos aparelhos de telefone celular, também não merece acolhida.

Em análise detida aos autos, verifica-se que os celulares apreendidos pelos policiais civis, que estavam em poder de Edivan e Bruno foram submetidos à perícia, a fim de que fossem colhidos dados relevantes para a investigação.

O laudo pericial, acostado às fls. 77-85, após minuciosa análise dos dados contidos nos aparelhos celulares, constatou somente as fotografias do veículo Fiat/Strada, utilizado para auxiliar na fuga de corréus de um crime de roubo, corroborando o indicativo de que o apelante estava envolvido na prática daquele crime.

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 às fls. 77-85, até porque, a sentença não se baseou exclusivamente nele, 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).

Como bem asseverou o d. Magistrado *a quo* na sentença (fl. 199):

> *Como bem demonstrado nos autos, não há dúvidas de que os denunciado Edivan e Bruno praticaram o crime de tráfico. O fato do denunciado Edivan não ter sido preso em posse da droga não é impeditivo para o reconhecimento da autoria delitiva. As investigações juntadas nestes autos quanto ao último réu mencionado são satisfatórias, além de serem corroboradas pelas demais provas, em demonstrar o dolo de Edivan.*
>
> *Ademais, tem-se que a negativa de autoria por parte do réu Edivan encontra-se isolada nos autos. Depreende-se do arcabouço probatório que a droga transportada por Bruno seria adquirida por Edivan. A negativa de Bruno quanto ao envolvimento de Edivan desvia-se das demais provas, além de ser corriqueira tal afirmação em crimes desta espécie visando a inocência do coautor. (...).*

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)
>
> *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)
>
> *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)

Quanto à dosimetria da pena, vejamos a fundamentação adotada pelo magistrado, *in verbis* (fl. 204):

> *Com relação às circunstâncias judiciais, faço menção às consequências do crime, pois no caso concreto ficou comprovado que o acusado se valia do dinheiro angariado do tráfico para fomentar crimes de outras espécies praticados nesta cidade, como os delitos de roubo, por exemplo.*
>
> *Destaca-se, também, os maus antecedentes do acusado, vide fls. 188/190. Há sentença condenatória transitada em julgado na data de 02 de julho de 2001 com o consequente trânsito em julgado da extinção da pena datado de 04 de outubro de 2004. As demais circunstâncias judiciais não merecem destaque.*
>
> *A quantidade e a espécie da droga não merecem consideração nesta fase processual. Insta mencionar que a quantidade de droga será valorada na terceira fase da dosimetria da pena a fim de não incorrer em bis in idem.*
>
> *Fixo a pena base em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa. (...).*

Constata-se que a pena-base foi aplicada em um ano acima do mínimo legal, por terem sido consideradas desfavoráveis ao apelante as circunstâncias judiciais dos antecedentes e consequências do crime.

Sobre os antecedentes, bem se sabe que eles consubstanciam circunstância judicial que diz respeito aos envolvimentos judiciais anteriores do acusado, onde haja sido condenado por sentença irrecorrível. Não se admite, pois, como maus antecedentes, a consideração de inquéritos policiais e ações penais em curso (Súmula 444, STJ).

Assim, considerando que a valoração negativa dos antecedentes depende da existência de condenações amparadas por sentenças transitadas em julgado, pode-se concluir que a análise do magistrado, nesse ponto, pautar-se-á por um critério absolutamente objetivo, isto é, por simples análise à certidão de registros criminais do acusado.

Com enfoque na situação sob exame, pode-se inferir que as respectivas certidões e folhas de antecedentes do apelante foram juntadas às fls. 183-190. A partir desses documentos, observa-se que o apelante ostenta, em seu desfavor, duas condenações, por crimes anteriores, amparadas por sentenças judiciais transitadas em julgado (tráfico de drogas e resistência cujas penas foram extintas em 26/09/11). Diante desse contexto, é plenamente aceitável que uma dessas condenações seja utilizada para a configuração de maus antecedentes, na primeira fase da dosimetria penal, e a outra usada para ensejar a aplicação da agravante genérica da reincidência, na etapa intermediária da individualização da pena.

Esse entendimento encontra pleno amparo no âmbito da jurisprudência dominante que, sobre o tema, estabeleceu-se no sentido de que esse expediente não configura a existência de *bis in idem.* Nesse sentido, destaco o seguinte julgado:

> *Não configura bis in idem a utilização de condenações anteriores com trânsito em julgado, para caracterizar os maus antecedentes e a reincidência do paciente, desde que uma delas seja utilizada para exasperar a pena-base e a outra na segunda fase da dosimetria.* (HC 167.459/RJ, 5.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 12/02/2012).

E, ainda:

> *Não há ilegalidade no uso de condenação pelo delito de posse de entorpecentes, para uso próprio, para fins de agravamento da pena-base, a título de maus antecedentes, uma vez reconhecido, pelo Supremo Tribunal Federal, que o tipo penal do art. 28 da Lei 11.343/2006 possui natureza jurídica de crime.* (QO no RE 430.105/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJe de 26/04/2007).*"*(STJ, HC 168.984/GO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Sexta Turma, julgado em 19/03/2013, DJe 21/05/2013)

Nessa perspectiva, pode-se concluir que a atuação do magistrado singular, nesse ponto, foi absolutamente adequada. Isso porque, diante desse histórico de condenações irrecorríveis, o sentenciante valorou negativamente a circunstância judicial dos antecedentes e, na segunda fase da dosimetria, fez incidir a agravante genérica da reincidência, agindo, portanto, adequadamente, à luz do entendimento acima apontado.

Sobre as consequências do crime, pode-se verificar que estas foram tidas como negativas pelo magistrado sentenciante, pois, no seu entender, *"ficou comprovado que o acusado se valia do dinheiro angariado do tráfico para fomentar crimes de outras espécies praticados nesta cidade, como os delitos de roubo, por exemplo."* No entanto, a análise do sentenciante, nesse ponto, está inadequada, tratando-se de fato inerente ao tipo penal, de modo que as consequências apontadas não podem prejudicar o apelante.

Deixo de aplicar a minorante do tráfico privilegiado, tendo em vista que o apelante, como dito acima, possui antecedentes criminais e é reincidente, não preenchendo os requisitos descritos no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06.

Cumpre salientar que, consta na certidão de antecedentes que o apelante foi condenado definitivamente por tráfico de drogas e resistência, cujas penas foram extintas em 26/09/11 (fls. 189-190), não transcorrendo, desta feita, prazo superior a 05 anos do cumprimento ou extinção da pena até a data do presente delito (23/04/2016) (art. 64, I, CP). Além disso, está respondendo ações penais por outro tráfico de drogas (na Comarca de Jardim) e roubo majorado.

Sem falar que as circunstâncias do crime também indicam que se dedicava às atividades criminosas (quantidade de droga apreendida - mais de 25 Kg de maconha -, que foi transportada por terceiro (corréu Bruno))**,** sendo totalmente incabível a aplicação da minorante.

Nesse sentido:

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INOCÊNCIA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. REINCIDÊNCIA. COMPROVAÇÃO POR MEIO DE FOLHA DE ANTECEDENTES, POSSIBILIDADE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). AUSÊNCIA DE UM DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELA LEI. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA.*
>
> *1. Não é cabível a utilização do habeas corpus como substitutivo de revisão criminal. Precedentes.*
>
> *2. Para concluir pela inocência da paciente em relação ao delito que lhe foi imputado, seria necessário o reexame aprofundado do conjunto fático-probatório, providência incabível na via estreita do habeas corpus, diante da celeridade do seu rito procedimental, notoriamente marcado pela ausência de dilação probatória.*
>
> *3. Esta Corte de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de que a folha de antecedentes criminais é documento hábil à comprovação da reincidência.*
>
> *4. Para aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, faz-se necessário o preenchimento de todos os requisitos previstos na lei (ser o réu primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa), não caracterizando bis in idem a utilização da reincidência pelo Juiz sentenciante para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado e para agravar a pena, ante previsão legal.*
>
> *5. Writ não conhecido.* (HC 211.072/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 26/11/2013, DJe 13/12/2013)
>
> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LEI ANTIDROGAS. TRÁFICO ILÍCITO. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA CONFIGURADA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...)*
>
> *2. Acompanhando a orientação da Excelsa Corte, as Turmas criminais do Superior Tribunal de Justiça entendem ser impossível a aplicação da diminuição da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, diante do reconhecimento, pelo Tribunal a quo, de circunstâncias que caracterizem a prática delitiva, evidenciando, portanto, a dedicação às atividades criminosas.*
>
> *3. A mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.*
>
> *4. Na hipótese dos autos, as instâncias de origem negaram a aplicação da causa especial de diminuição de pena ao paciente em razão da reincidência, o que não*

configura manifesto constrangimento ilegal, pois a primariedade é um dos requisitos para a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

5. Hipótese em que dadas a apreensão de quantidade considerável e a natureza da substância entorpecente, inclusive na residência do condenado, não há como se afastar a conclusão de que se dedique à atividade criminosa do tráfico, razão porque descabe ser beneficiado pela modalidade de tráfico privilegiado.

6. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1405503/PR, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 20/03/2014, DJe 28/03/2014)

Nova dosimetria da pena:

Na primeira fase, permanecendo uma circunstância judicial negativa, reduzo a pena-base para 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, montante adequado, justo e suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Na segunda fase, em razão da agravante da reincidência, aumento a pena-base em 1/6 (*quantum* fixado na sentença), totalizando 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão e 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, a qual torno definitiva neste patamar ante a ausência de outras circunstâncias a sopesar.

Em atendimento ao art. 33, parágrafos 2º e 3º, do Código Penal, tratando-se de agente reincidente e com antecedentes criminais, mantenho o regime prisional fechado, por ser necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Conclusão

Diante do exposto, contra o parecer, dou parcial provimento ao recurso de Edivan Reis da Silva, apenas para reduzir a pena-base.

Torno a pena do apelante definitiva em 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão e 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa, no regime prisional fechado.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Proveram em parte o recurso, por unanimidade.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 06 de fevereiro de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1414126-07.2016.8.12.0000 - Itaporã
Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – FURTO DE BOTIJÃO DE GÁS – PACIENTE USUÁRIO DE DROGAS – REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA – ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DOS REQUISITOS – TESE ACOLHIDA – BENEFÍCIO DA LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDO – FIXAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA, CONTRA O PARECER.

Nos termos do art. 321 do CPP, ausentes os requisitos legais necessários ao embasamento da prisão preventiva, o magistrado deverá conceder o benefício da liberdade provisória, impondo, se for o caso, medidas cautelares diversas da prisão.

As medidas cautelares expressamente previstas no art. 319 da Lei Processual Penal funcionam como substitutivas da custódia e sua imposição deve obedecer à disposição legislativa do art. 282 do mesmo código, vale dizer, ao binômio necessidade/adequação.

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, conceder parcialmente a ordem.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2017.

Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Defensoria Pública Estadual impetra *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor de Douglas Alves França, qualificado nos autos, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Comarca de Itaporã.

Alega a impetrante que o paciente foi preso em flagrante em 26/11/2016, acusado da prática do crime de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo (art. 155, § 4º, I, do CP), sendo a referida prisão convertida em preventiva em audiência de custódia realizada em 28/11/2016.

Sustenta, em síntese, que não se fazem presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar, já que a conduta supostamente praticada pelo paciente é atípica, sob o prisma do princípio da insignificância.

Pugna pelo deferimento de medida liminar, com a expedição imediata de alvará de soltura, confirmando-se, ao final, com a concessão em definitivo da ordem.

O pedido de liminar foi indeferido pela decisão de fls. 34/35 e as informações prestadas às fls. 39/40.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 44/48 pela denegação da ordem.

VOTO

O Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de Douglas Alves França, qualificado nos autos, apontando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Comarca de Itaporã.

O *habeas corpus* é ação constitucional de natureza penal destinado à proteção da liberdade de locomoção, ameaçada ou violada por ilegalidade ou abuso de poder, nos termos da norma estampada no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal, e art. 647 do CPP.

Na hipótese, o paciente foi preso em flagrante em 26/11/2016, acusado da prática do crime furto qualificado, nos termos do art. 155, § 4º, I, do CP, por ter, em tese, subtraído um botijão de gás mediante rompimento de obstáculo.

A prisão em flagrante foi convertida em preventiva em audiência de custódia, realizada em 28/11/2016, ocasião em que foi indeferido o pedido de liberdade provisória.

Sustenta a impetrante que não se fazem presentes os requisitos autorizadores da prisão cautelar, já que a conduta supostamente praticada pelo paciente é atípica, sob o prisma do princípio da insignificância.

Pois bem. Após ver e examinar a ação constitucional e o processo de origem, entendo que a pretensão merece acolhida, em parte, devendo ser concedida a liberdade provisória ao paciente, com condições, nos termos do art. 319 do CPP.

Os elementos até agora trazidos a exame não são fortes no sentido de justificarem a manutenção da prisão cautelar do paciente, evidenciando, pelas circunstâncias apontadas, o preenchimento dos requisitos para a obtenção do benefício da liberdade provisória com a fixação de medidas cautelares alternativas.

A despeito de tratar-se de acusação da prática de crime de furto qualificado, a realidade fática demonstra que o paciente teria, em tese, furtado um botijão de gás, mediante rompimento de obstáculo, da residência da própria irmã, com valor inferior a R$ 200,00. Devo registrar que o delito não envolveu violência ou grave ameaça à vítima, e teria sido praticado pelo paciente por ser usuário de entorpecentes, visando a aquisição de drogas para consumo próprio, conforme alegado em seu interrogatório extrajudicial.

No caso, em razão das peculiaridades do caso concreto – furto de botijão de gás por um usuário de drogas – não obstante reprovável a conduta, afigura-me desproporcional e não razoável a manutenção da custódia cautelar, evidenciando-se a necessidade maior de uma intervenção de política social e de saúde pública do que criminal.

Neste caminho, verifica-se que não mais subsistem os requisitos autorizadores da prisão preventiva, outrora justificada para a garantia da ordem pública, porém não mais necessária, neste momento, após mais de dois meses de prisão cautelar.

O cárcere antecipado rege-se pelo binômio necessidade-adequação para sanar determinado risco, de modo que, sendo possível atingir o mesmo resultado com medidas cautelares diversas, estas hão de prevalecer sobre aquela, sem prejuízo de novo encarceramento, caso a mudança na situação objetiva assim recomendar.

Não desconheço a vida pregressa do paciente, com registros infracionais, e o fato de estar respondendo a outra ação penal na Comarca de origem (consulta através do sistema SAJ), todavia, é tecnicamente primário, sendo certo, ainda, que o tempo em que permaneceu preso serviu para refletir sobre suas atitudes e buscar pautar sua vida pelo correto agir quando posto em liberdade, sob pena de retorno ao cumprimento de sanção restritiva de liberdade.

Nesta ordem de ideias, entendo que é possível substituir a medida extrema por outras que, embora menos gravosas, revelem-se o bastante para garantir a necessária proteção ao bem jurídico tutelado e o regular processamento da ação penal, vinculando o paciente ao processo, consignando-se que o não cumprimento das medidas que serão impostas implicará na imediata revogação do benefício.

Diante do exposto, contra o parecer, concedo parcialmente a ordem de *habeas corpus* em favor de Douglas Alves França, a fim de revogar a prisão preventiva e conceder-lhe o benefício da liberdade provisória, com as seguintes condições:

Comparecimento mensal perante o Juízo de origem para comprovar o endereço atualizado (deverá levar cópia do comprovante de residência) e justificar suas atividades;

Comparecer a todos os atos processuais a que for intimado;

Proibição de ausentar-se da Comarca de seu domicílio sem prévia autorização do Juízo competente.

Fica advertido de que o descumprimento de quaisquer das condições acima fixadas podem ensejar a revogação do benefício e nova decretação da prisão preventiva, através de decisão judicial devidamente fundamentada.

Prevalecendo este posicionamento, independentemente da publicação do acórdão, expeça-se alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso, devendo constar expressamente as condições acima estipuladas.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, concederam parcialmente a ordem.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

Relator, o Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, Des. Carlos Eduardo Contar e Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Campo Grande, 30 de janeiro de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0002262-51.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – RECURSO DEFENSIVO – TENTATIVA DE FURTO SIMPLES – PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO – CRIME IMPOSSÍVEL – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA – BASE REDUZIDA DE OFÍCIO – SEGUNDA FASE – PREPONDERÂNCIA DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO – IMPOSSIBILIDADE – COMPENSAÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Comprovada a materialidade e autoria do delito, mantém-se a condenação da agente, pois sistema de vigilância, câmeras ocultas, fiscais não identificados em loja, todo o aparato utilizado para segurança de estabelecimentos comerciais não tem o condão de tornar o crime impossível.

Redimensiona-se a pena-base, pois *"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"* (HC 130613, DJe de 18-12-2015). Ordem concedida. (STF. HC 133978, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 10/05/2016, Processo Eletrônico DJe-159 Divulg 29-07-2016 Public 01-08-2016)".

Na segunda fase da dosimetria da pena deve haver a compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, por serem igualmente preponderantes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2017.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

O Ministério Público Estadual denunciou Luciana Amarilha Mascarenhas Magela Gonçalves pela prática de tentativa de furto simples, uma vez que a mesma , no dia 11/1/2016, por volta de 10h40, tentou subtrair diversas peças de roupas, avaliadas em R$ 439,93 da Loja Havan, localizada na na Avenida Cônsul Assaf Trad, 1456 - Jardim Campo Alto, em Campo Grande-MS, não conseguindo praticar o delito por estar sendo monitorada pelo sistema de câmeras, após colocar de vigilância interna o diversas peças de roupas, como blusas e shorts, dentro de sua bolsa, sendo acompanhada por fiscal, que a abordou quando saiu da loja sem realizar o pagamento das referidas peças de roupa.

A denúncia foi julgada procedente e Luciana Amarilha Mascarenhas Magela Gonçalves (f. 119-127) condenada à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado semiaberto, e 16 dias-multa, pela prática de tentativa de furto simples, razão de seu inconformismo (f. 148-162).

Entende que deve ser absolvida, pois se trata de crime impossível. Caso mantida a condenação, aduz que a deve haver a compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência. Pugna pelo provimento de seu apelo.

Contrarrazões do Ministério Público Estadual (f.166-172) pelo improvimento do recurso

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f.181-188) pelo provimento parcial do recurso, tão somente para compensar parcialmente a agravante da reincidência com atenuante da confissão, devendo preponderar a agravante da reincidência em virtude da multirreincidência da apelante.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Luciana Amarilha Mascarenhas Magela Gonçalves.

Conforme constou no relatório, Luciana foi condenada pela prática de tentativa de furto simples porque, no dia 11/1/2016, por volta de 10h40, tentou subtrair diversas peças de roupas, avaliadas em R$ 439,93 da Loja Havan, localizada na na Avenida Cônsul Assaf Trad, 1456 - Jardim Campo Alto, em Campo Grande-MS, não conseguindo praticar o delito por estar sendo monitorada pelo sistema de câmeras, após colocar de vigilância interna o diversas peças de roupas, como blusas e shorts, dentro de sua bolsa, sendo acompanhada por fiscal, que a abordou quando saiu da loja sem realizar o pagamento das referidas peças de roupa.

A tese de crime impossível não merece guarida.

A questão é objeto Súmula 567, do STJ *"sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto"*.

Não há o que se falar em crime impossível, por ter a Loja Havan sistema de vigilância e ter sido Luciana monitorada por fiscal, fato, que aliás, apenas facilitou a prisão em flagrante.

Sobre a questão, Fernando Capez esclarece que:

> *"a) Loja com sistema antifurto ou com fiscalização de seguranças: indivíduo que se apodera de mercadorias de um supermercado e as esconde sob as vestes, mas, ao sair, desperta suspeitas no segurança, que o aborda; agente que, ao realizar a apreensão de mercadorias, tem a sua ação desde o início acompanhada pelos seguranças do estabelecimento; sujeito que se apropria de mercadorias com etiqueta antifurto. Em todas essas hipóteses há tentativa de furto"*. [1]

Sistema de vigilância, fiscais não identificados em loja, todo o aparato utilizado para segurança de estabelecimentos comerciais não tem o condão de tornar o crime impossível.

1 CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.2, p. 405-406.

De acordo com o artigo 17, do Código Penal: *"Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime."*

Desta forma, referido artigo nos traz as duas modalidades para a existência do crime impossível, quais sejam, a ineficácia absoluta dos meios empregados pelo agente ou a absoluta impropriedade do objeto.

Nas palavras do Ministro Rogerio Schietti Cruz, do STJ:

> *Creio ser possível asserir que, embora os sistemas eletrônicos de vigilância tenham por objetivo a evitação de furtos, sua eficiência apenas minimiza as perdas dos comerciantes, visto que não impedem, de modo absoluto, a ocorrência de subtrações no interior de estabelecimentos comerciais. Assim, não se pode afirmar, em um juízo normativo de perigo potencial, que o equipamento funcionará normalmente, que haverá vigilante a observar todas as câmeras durante todo o tempo, que as devidas providências de abordagem do agente serão adotadas após a constatação do ilícito, etc. Na espécie, o meio empregado pelas agentes era de inidoneidade relativa, visto que havia a possibilidade de consumação, posto que remota. Vale ressaltar que o entendimento jurisprudencial ora defendido não implica uma apologia da punição, mas a concretização do dever de proteção – elemento justificador do próprio direito penal –, por meio de uma resposta proporcional do direito sancionador estatal a uma conduta penalmente punível. Com efeito, é de notório conhecimento geral que, em nossa história recente, não foram poucos os casos de justiçamento privado, em que comerciantes (entre outros), sob o argumento de impunidade, acabaram por implementar diversas medidas à margem do direito, desde as célebres salas da segurança – em cujas dependências suspeitos de crimes eram submetidos a humilhações e agressões físicas – até, em uma dimensão muito maior e mais grave, os famosos esquadrões da morte (Nesse sentido: BICUDO, Hélio Pereira. Meu Depoimento Sobre o Esquadrão da Morte . 2. ed., São Paulo: Pontifícia Comissão de Justiça e Paz de São Paulo, 1976; COSTA, Márcia Regina da. São Paulo e Rio de Janeiro: A Constituição do Esquadrão da Morte. Anais do XXII Encontro Anual – Anpocs, 1998). Assim, apropriada é a lição de Ferrajoli, que, ao se opor às teorias abolicionistas e substitutivas ao Direito Penal, defende a forma jurídica da pena, enquanto técnica institucional de minimização da reação violenta ao desvio socialmente não tolerado e enquanto garantia do acusado contra os arbítrios, os excessos e os erros conexos a sistemas não jurídicos de controle social" (FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 201). Na espécie, embora remota a possibilidade de consumação do furto iniciado pelas recorridas no interior do mercado, o meio empregado por elas não era absolutamente inidôneo para o fim colimado previamente, não sendo absurdo supor que, a despeito do monitoramento da ação delitiva, as recorridas, ou uma delas, lograssem, por exemplo, fugir, ou mesmo, na perseguição, inutilizar ou perder alguns dos bens furtados, hipóteses em que se teria por aperfeiçoado o crime de furto. Não era, por conseguinte, impossível que as acusadas conseguissem consumar a subtração, apesar das câmeras, dos vigilantes, do etiquetamento eletrônico, etc.* (STJ. REsp 1385621/MG, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 27/05/2015, DJe 02/06/2015).

Passo ao exame da dosimetria da pena.

A pena-base foi fixada em 2 anos de reclusão e 15 dias multa pelos maus antecedentes: *"antecedentes são maculados, conforme certidão de f. 52-56, contando com três condenações criminais, além daquela a ser considerada na segunda fase"* (Autos n. 0000986-57.2004.8.12.00016 Execução n. 0001997-98.2006.8.12.0001, trânsito em 02/04/2008, f. 52-53 e 55; Autos n. 0072594-58.2007.8.12.0001, trânsito em 30/03/2008, f. 53; Autos n. 0009955-62.2011.8.12.0001, trânsito em 16/08/2013, f. 54).

A condenação do Processo 0000986-57.2004.8.12.00016 (tráfico de drogas, 3 anos de reclusão e 50 dias-multa, trânsito em julgado 2/5/2006) GR. 0001997-98.2006.8.12.0001 não se presta a figurar como maus antecedentes ou reincidência, pois a pena foi extinta, conforme informações do Sistema de Automação Judicial-SAJ, em 19 de dezembro de 2007, pelo seu cumprimento.

O delito discutido nos autos foi cometido em 11 de janeiro de 2016, ou seja, 8 anos depois da extinção da pena.

Na AP 0072594-58.2007.8.12.0001, Luciana foi condenada por tentativa de furto, trânsito em julgado em 17 de abril de 2008, GR 0017490-47.2008.8.12.0001, sendo que em 4 de maio de 2009 transitou em julgado a sentença que decretou a extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena.

O delito discutido nos autos foi cometido em 11 de janeiro de 2016, ou seja, 7 anos depois da extinção da pena, também não se prestando a figurar como maus antecedentes ou reincidência.

Referida posição está em consonância com o Supremo Tribunal Federal.

Conforme consignou o Ministro Celso de Mello, Relator do HC 122397 / SP:

> *DECISÃO: [...]*
>
> *9. **O art. 64, I, do Código Penal é expresso ao determinar que as condenações anteriores, cuja pena tenha sido extinta há mais de cinco anos, não caracterizam a reincidência**. **E, para evitar perpetuidade, esse prazo quinquenal também deve ser estendido à circunstância judicial dos maus antecedentes**. Mas, **ainda que se adote a corrente mais severa, admitindo a condenação caduca como maus antecedentes para fins do art. 59 do Código Penal, essa conversão, considerada a passagem do tempo, não pode ser feita, como fez a decisão recorrida, sem esclarecer suficientemente o que ocorreu antes, sob pena de incorrer em ofensa aos princípios da proporcionalidade e da individualização. Portanto, repugnando a ideia da perpetuação dos efeitos da condenação pretérita (CF art. 5º, XLVII, 'b'), é necessário, pelo menos, cautela ao admitir que o registro anterior, já atingido pelo decurso do prazo de cinco anos, seja transformado automaticamente em maus antecedentes: 'quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso do lapso temporal superior a cinco anos, conforme previsto no art. 64 do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes' (HC 119.200/PR, rel. Min. Dias Toffoli).** 10. Aliás, vale referir que ao discutir os efeitos de pena de inabilitação permanente imposta pelo Banco Central (art. 44, IV, da Lei 4.595/64), o Supremo Tribunal Federal afirmou que as penas de caráter permanente não são compatíveis com o art. 5º, XLVI, 'e', e § 2º, da Constituição: RE 154.134/SP, rel. Min. Sydney Sanches. Naquele precedente o parecer do Ministério Público Federal recordou a lição do Prof. Canotilho, no sentido da 'proibição de todas as penas que se traduzam em amputar ou restringir, perpetuamente a esfera de direitos das pessoas'. 11. Isso posto, opino pelo deferimento da ordem para afastar os 'maus antecedentes' e restaurar a sentença de primeiro grau na parte em que reconheceu a incidência do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, na fração dois terços (2/3), com a consequente redução da pena para um (1) ano e oito (8) meses de reclusão." (grifei) Observo, de outro lado, por relevante, que essa manifestação do Ministério Público Federal ajusta-se, com absoluta fidelidade, no que concerne ao tema de fundo, à diretriz jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal consagrou na apreciação de controvérsia idêntica à ora em análise: "'Habeas corpus'. 2. Homicídio qualificado-privilegiado. Condenação. 3. Aumento da pena em sede de recurso especial. Entendimento no sentido de que o período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP, refere-se à reincidência, mas, com relação ao registro de antecedentes, esses prolongam-se no tempo, devendo ser considerados como circunstâncias judiciais em desfavor do réu. 4. **Registro de uma condenação anterior, por contravenção (dirigir sem habilitação), transitada em julgado em 28.6.1979. 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.*** *5. Ordem concedida para restabelecer a decisão proferida pelo TJ/RJ nos autos da Apelação n. 2006.050.02054, que manteve a pena-base fixada pelo Juiz-Presidente do Tribunal do Júri e, assim, reconheceu a prescrição da pretensão executória."* (HC 110.191/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes) *Sendo assim, em face das razões expostas, e acolhendo, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, concedo a ordem de "habeas corpus", para restabelecer, em parte, a sentença condenatória de primeiro grau, apenas em relação ao reconhecimento da incidência, na espécie, da causa de diminuição de pena a que se refere o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em seu patamar mais favorável (2/3). Comunique-se, com urgência, encaminhando-se cópia da presente decisão ao E. Superior Tribunal de Justiça (HC 242.406/SP), ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal com Revisão nº 990.08.097378-9) e ao Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Franca/SP (Processo nº 306/2008). Arquivem-se os presentes autos. Publique-se.* Brasília, 25 de fevereiro de 2015. Ministro Celso de Mello Relator (STF. HC 122397, Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 25/02/2015, publicado em Processo Eletrônico DJe-039 Divulg 27/02/2015 Public 02/03/2015)"

Idêntica decisão foi proferida no HC 123189 / MS, também de relatoria do Ministro Celso de Mello.

Verifica-se que os *habeas corpus* estão sendo concedidos em decisões monocráticas, com parecer favorável da Procuradoria-Geral da República

Um dos precedentes citados na decisão acima é o seguinte:

> *Ementa: Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes. Dosimetria. Fixação da pena-base acima do mínimo legal em decorrência de maus antecedentes. Condenações extintas há mais de cinco anos. Pretensão à aplicação do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal. Admissibilidade. Precedente. Writ extinto. Ordem concedida de ofício. 1. Impetração dirigida contra decisão singular não submetida ao crivo do colegiado competente por intermédio de agravo regimental, o que configura o não exaurimento da instância antecedente, impossibilitando o conhecimento do writ. Precedentes. 2. Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a cinco anos, conforme previsto no art. 64, I, do Código Penal, a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes. Precedentes. 3. Writ extinto. Ordem concedida de ofício.* (STF.HC 119200, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 11/02/2014, Processo Eletrônico DJe-048 Divulg 11-03-2014 Public 12-03-2014)

Consignou o Ministro Dias Toffoli no voto condutor do acórdão:

> *Com efeito, a interpretação do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal deve ser no sentido de se extinguirem, no prazo ali preconizado, não só os efeitos decorrentes da reincidência, mas qualquer outra valoração negativa por condutas pretéritas praticadas pelo agente. Penso que eventuais deslizes na vida pregressa do sentenciado que não tenha, há mais de cinco anos, contados da extinção de pena anterior que lhe tenha sido imposta, voltado a delinquir, não podem mais ser validamente sopesados como circunstâncias judiciais desfavoráveis (CP, art. 59), sob pena de perpetuação de efeitos que a lei não prevê e que não se coadunam com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e do caráter socializador da reprimenda penal. Como adverte Willis Santiago Guerra Filho (Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais, p. 313), referido por Guilherme de Souza Nucci in Princípios constitucionais penais e processuais penais. São Paulo: RT, 2010. p. 213), ''um marco histórico para o surgimento desse tipo de formação política costuma-se apontar na Carta Magna inglesa, de 1215, na qual aparece com toda clareza manifestada a ideia acima referida quando estabelece: 'o homem livre não deve ser punido por um delito menor, senão na medida desse delito, e por um grave delito ele deve ser punido de acordo com a*

> *gravidade do delito". O homem não pode ser penalizado eternamente por deslizes em seu passado, pelos quais já tenha sido condenado e tenha cumprido a reprimenda que lhe foi imposta em regular processo penal. Faz ele jus ao denominado 'direito ao esquecimento', não podendo perdurar indefinidamente os efeitos nefastos de uma condenação anterior, já regularmente extinta. Por isso, delimitou expressamente o legislador o prazo de cinco (5) anos para o desaparecimento dos efeitos da reincidência (CP, art. 64). Se essas condenações não mais se prestam para o efeito da reincidência, que é o mais, com muito maior razão não devem valer para os antecedentes criminais, que são o menos.* (STF.HC 119200, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 11/02/2014, Processo Eletrônico DJe-048 Divulg 11-03-2014 Public 12-03-2014).

E, ainda:

> *Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. TRANSCURSO DO PRAZO DEPURADOR (ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL). IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Não obstante a pendência do julgamento do RE 593.818/SC (Tema 150), é de se aplicar a jurisprudência dominante desta Corte, no sentido de que, "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" (HC 130613, DJe de 18-12-2015). 2. Ordem concedida.* (STF. HC 133978, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 10/05/2016, Processo Eletrônico DJe-159 Divulg 29-07-2016 Public 01-08-2016).
>
> *Mesmo sentido:* (STF. HC 128153, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 10/05/2016, Processo Eletrônico DJe-159 Divulg 29-07-2016 Public 01-08-2016)

Portanto, somente a condenação no Processo 0009955-62.2011.8.12.0001(data do trânsito em julgado: 16/08/2013) se presta a figurar como maus antecedentes (GR 0010687-09.2012.8.12.0001, punibilidade extinta em 4/11/2014).

Assim, de ofício, reduzo a pena-base, para 1 ano e 6 meses de reclusão e 12 dias-multa.

Na segunda fase, presente a atenuante da confissão.

Considerou o julgador singular como reincidência a condenação no Processo 0070157-73.2009.8.12.0001 (condenação à pena de 3 anos de reclusão e 30 dia-multa pela prática de furto qualificado, trânsito em julgado em 10/4/2015).

Desta forma, como não houve recurso do Ministério Público Estadual, não pode este Relator considerar Luciana multireincidente como pretende a Procuradoria-Geral de Justiça.

Assim, deve haver a compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, por serem igualmente preponderantes, entendimento este pacificado do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp) 1.154.752.

Para atual época em que estamos, onde a execução penal não está atingindo seu objetivo maior que é reeducar o detento a fim que o mesmo se afaste da delinquência e, ainda, considerando a superpopulação carcerária, entendo que tal corrente jurisprudencial é a mais adequada.

Outrossim, como explica o Ministro Ayres Britto, do STF, Relator do HC 101909:

> *Como se vê, na concreta situação dos autos, a confissão do paciente contribuiu efetivamente para sua condenação e afastou as chances de reconhecimento da tese alinhavada pela própria defesa técnica(tese de não consumação do crime). O que reforça, penso, a necessidade de desembaraçar o usufruto máximo à sanção premial da atenuante.*

> *Assumindo para com ele, paciente, uma postura de lealdade (esse vívido conteúdo do princípio que, na cabeça do art. 37 da Constituição, toma o explícito nome de moralidade).* (STF. HC 101909, Relator(a): Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, Acórdão Eletrônico DJe-119 Divulg 18-06-2012 Public 19-06-2012).

Portanto, na segunda fase da dosimetria , opero a compensação entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência.

Assim, na segunda fase, concorrendo a circunstância atenuante prevista no artigo 65, III, alínea "d", do Código Penal (confissão), com a circunstância agravante prevista no artigo 61, I, do Código Penal (reincidência), opero a compensação entre as mesmas.

Na terceira fase, pela tentativa, reduzo a pena em 1/3, como fez o julgador singular, às f. 124, ficando a pena, definitivamente estabelecida, à míngua de causas de e aumento em 1 ano de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, e 8 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

Esclarece-se que mantido o regime prisional inicial semiaberto, face a reincidência e maus antecedentes.

Incabível na espécie a aplicação dos artigos 44 e 77, do Código Penal, pois não preenchidos os requisitos legais.

Ante o exposto:

Nos termos do artigo 398, do RITJMS[2] (Resolução 589, de 8 de abril de 2015, DJMS 3325, de 15 de abril de 2015), concedo *habeas corpus* de ofício a Luciana Amarilha Mascarenhas Magela Gonçalves para redimensionar a dosimetria da pena-base.

Contra o parecer, dou provimento parcial ao apelo de Luciana Amarilha Mascarenhas Magela Gonçalves para operar a compensação da atenuante da confissão com a agravante da reincidência, ficando sua pena pela prática de tentativa de furto simples reduzida para 1 ano de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, e 8 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, cada unidade, monetariamente corrigido.

Comunique-se na GR nº. 0033992-17.2015.8.12.0001.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

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

Presidência da Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 31 de janeiro de 2017.

***

2 Art. 398. O Tribunal poderá, de ofício, expedir ordem de *habeas corpus* quando, no curso de qualquer processo, verificar que alguém sofre ou se ache ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus n. 1413110-18.2016.8.12.0000 - Naviraí
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – COLABORAÇÃO PREMIADA IMPUGNADA POR DELATADO – IMPOSSIBILIDADE – ORDEM DENEGADA.

Por se tratar de um negócio jurídico processual personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento quando do 'relato da colaboração e seus possíveis resultados' (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13). [...] Outrossim, negar-se ao delatado o direito de impugnar o acordo de colaboração não implica desproteção a seus interesses. A uma porque a própria Lei nº 12.850/13 estabelece que 'nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador' (art. 4º, § 16). A duas porque, como já exposto, será assegurado ao delatado, pelo contraditório judicial, o direito de confrontar as declarações do colaborador e as provas com base nela obtidas. (STF. HC 127483, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, Processo Eletrônico DJe-021 Divulg 03-02-2016 Public 04-02-2016)."

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 24 de janeiro de 2017.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Sinval Nunes de Paula impetra ordem de *Habeas Corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Cícero dos Santos, apontando como autoridade coatora o Juiz(a) de Direito da Vara Criminal da Comarca de Naviraí.

Para tanto, narra que:

> *Na data de 10/12/2014, o acusado Thiago Caliza da Rocha após ter sido interrogado no inquérito fora reinquirido na condição de colaborador apresentando informações aos fatos investigados na Ação Penal autos nº 0006140-02.2013.8.12.0029, que tramita na comarca de Naviraí- MS, sendo que supostamente o mesmo informou a relação e a estrutura hierárquica e divisão das tarefas da organização criminosa, a forma de agir de seus participantes e outros detalhes que supostamente auxiliaram de forma efetiva a apuração dos fatos, inclusive em tese tendo detalhado sua participação nos*

delitos, corroborando as provas colhidas e viabilizando a individualização das condutas. Desta forma fora firmado com o acusado, o termo de acordo de delação premiada, na forma prevista na Lei 12.850/2013 [...]. Diante disto, o Excelentíssimo Senhor Doutor Paulo Roberto Cavassa de Almeida, Juiz da Vara Criminal de Comarca de Naviraí, nos autos nº 0006140-02.2013.8.12.0029, ora apontado como autoridade coatora decidiu por homologar o acordo de colaboração premiada a fim que possa surtir os efeitos legais e jurídicos correspondentes do ato.

Afirma que:

Constou no termo de delação premiada realizada entre o acusado Thiago Caliza da Rocha e o Ministério Público Estadual, que o delator, ora acusado, renuncia o direito constitucional ao silencio, a garantia contra a autoincriminação bem como ao direito de recorrer das sentenças penais condenatórias proferidas em relação aos fatos confessados pelo mesmo na referida colaboração premiada. [...] Ocorre que tal cláusula fere de morte a Lei Maior, haja vista que a CF assegura que ninguém será dito culpado até o transito em julgado da sentença penal condenatória e com o compromisso legal de dizer a verdade o acusado pode vir a produzir prova contra si mesmo, realizando confissão caso não seja proveitoso seu acordo de colaboração, o que é contrário ao que diz a carta magna no seu artigo 5°, inciso LVII. Ademais, essa imposição também pode prejudicar o direito à ampla defesa e ao contraditório, descrito no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira. Ora Nobres Julgadores, os direitos constitucionais de ampla defesa, contraditório, permanecer em silêncio e não produzir provas contra si mesmo são IRRENUNCIAVEIS, visto que são condições mínimas do Estado Democrático de Direito. Insta salientar que quando a Constituição Federal assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral a ampla defesa, entende se que a proteção deve abranger a defesa técnica e a autodefesa, havendo entre elas relação de complementariedade.[...] Verifica-se que a Lei de organização criminosa ofende claramente os princípios da ampla defesa (autodefesa), permanecer em silêncio e de não produzir prova contra si mesmo, já que são direitos irrenunciáveis.

Argumenta que:

O art. 4º §14 da Lei 12.850/2013 é inconstitucional, logo, a cláusula 9º do termo de delação premiado pactuado entre o acusado Thiago Caliza da Rocha e o Ministério Público Estadual é nula devendo assim ser anulada, uma vez que ninguém é obrigado a produzir provas em seu desfavor e o silêncio do acusado é garantido no inciso LXIII do Art. 5º da C.F, com inspiração no Tratado Internacional denominado Pacto de São José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário. Ademais, vale ressaltar que uma das principais regras a serem observadas para a realização do termo de delação premiada é a voluntariedade do individuo, ora delator, haja vista que este jamais poderá ser coagido ou chantageado a delatar como foi feito no caso, devendo agir movido pelo sentimento de arrependimento ou de colaboração com a Justiça, o que não se verifica no caso em tela. No caso concreto temos que quando o acusado, ora delator, Thiago Caliza da Rocha realizou a delação premiada, o mesmo encontrava-se preso em virtude de prisão preventiva, tendo ainda todos os seus bens sequestrados e apreendidos. Deste modo, como afirmar que alguém que realiza uma delação premiada possa fazê-la de forma voluntária, sendo que este alguém se encontra preso cautelarmente, caracterizando uma forma de tortura psicológica. É incontroverso que quando o homem é preso, o mesmo estasubmetido a uma enorme carga emocional que o oprime, sendo sujeito a uma das mais dolorosas e sofridas experiências de um ser humano, qual seja, de ter sua liberdade privada, vivendo atrás das grades. Além do mais, a operação Atenas, deflagrada pela Policia Federal de Naviraí- MS, que culminou com a prisão de vereadores (indevidamente como reconhecido pelo STJ, sendo que as medidas cautelares já eram suficientes), teve enorme repercussão, sendo ate mesmo noticiada nos principais jornais televisivos nacionais, como o Jornal Nacional, expondo que os acusados supostamente agiam em quadrilha num esquema para desviar dinheiro público.

Expõe que:

> *A revolta gerada na sociedade, principalmente nos moradores de Naviraí - MS foi enorme, tendo sido realizada diversas manifestações frente à casa legislativa desta cidade, utilizando diversos termos pejorativos, sendo pré-julgados pela sociedade. E foi nesse clima de pressão contra os acusados, bem como se vendo atrás das grades e seus bens apreendidos, que Thiago Caliza da Rocha, ora delator, realizou a delação premiada em questão, haja vista que fora preso em 08/10/2014, tendo realizado delação em 10/12/2014, ou seja, mais de 02 (dois) meses preso de maneira injusta, não sendo possível alegar que a delação ocorreu de maneira voluntária, e sem coação moral. O que se tem informações é que os representantes do MP juntamente com a autoridade policial visitaram os acusados na Penitenciária para tentar 'extrair' na base da pressão, da chantagem e coação moral que fosse feita a tal delação. É nítido que o acusado, ora delator, estava emocionalmente abalado quando da realização da delação premiada, pois o mesmo teve seu direito de ir e vir suprimido, sendo submetido ao cárcere, sofrendo a humilhação do aprisionamento bem como o preconceito diante da indignação gerada na população, sendo que pela sociedade o mesmo já fora condenado sem antes mesmo de ter sido prolatada sentença. Diante disto questiona-se: Alguém submetido a este tipo de pressão psicológica pode preservar sua voluntariedade? Impossível! Por óbvio se for dito pelo promotor e pelo delegado de polícia que a pessoa ia ficar presa qualquer um assina qualquer coisa, não havendo sentimento de voluntariedade que não esteve presente quando da realização da referida delação premiada, haja vista que nitidamente fora feita para que se pudesse obter a possível liberdade do delator e de seus bens, ora apreendidos. Assim sendo, restando demonstrado que a referida delação feita pelo acusado Thiago Caliza da Rocha na ação penal que tramita na Vara Criminal de Naviraí-MS, autos nº 0006140-02.2013.8.12.0029, não foi feita de forma VOLUNTARIA, a mesma não deveria ser homologada, haja vista, que o delator agiu sob pressão psicológica, pois estava preso bem como com seus bens apreendidos, tendo apenas realizado tal acordo com o MP para que pudesse obter a liberdade e as vantagens acordadas. Desta forma, deve ser anulada a decisão proferida pela autoridade coatora, de homologação do acordo feito por Thiago Caliza da Rocha e o MPE, para que não se reconheça como delação premiada haja vista a inconstitucionalidade da mesma e a ausência da voluntariedade, conforme dito anteriormente.*

Entende que:

> *Tendo em vista a proeminência normativa da Constituição, a delação premiada, por ofender princípios dispostos na Carta Magna, deve ser declarada inconstitucional, sendo considerada uma modalidade de prova ilícita. Cumpre observar que, a despeito da colaboração premiada estar prevista em lei, o meio de prova pode revelar-se ilícito na medida em que, sob pretexto de se alcançar a verdade, sejam utilizados artifícios e meios condenáveis dentro de um Estado Democrático de Direito, por violarem os princípios constitucionais de proteção e garantia da pessoa humana. Conforme se extrai do que foi dito no tópico anterior, o princípio da liberdade probatória não é absoluto. A Carta Magna, no seu art. 5º, inciso LVI, traz o principal obstáculo, consagrando a inadmissibilidade, no processo, "das provas obtidas por meios ilícitos". Não pode ser aceita uma persecução criminal ilimitada, sem parâmetros, onde os fins pela busca da suposta verdade da acusação justificassem os meios, inclusive com a admissão de provas ilícitas. O Estado precisa ser "sancionado" quando viola a lei e esse mecanismo de se coibir a produção de provas em desconformidade com a Constituição Federal significa um autêntico freio ao seu arbítrio, blindando as garantias constitucionais e eliminando o material colhido em desrespeito "às regras do jogo processual. A vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, consequentemente, a punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar, gerando a maculação de todas as provas dela decorrentes (teoria da prova ilícita por derivação), ocasionando a nulidade de todos*

os atos posteriores. A delação premiada, assim como a prática da tortura psicológica (que continua existindo sob o regime dito democrático), é um método tipicamente inquisitivo. Outro ponto importante é que ela fere o direito do acusado de não produzir provas contra si mesmo, ou seja, a possibilidade que o réu tem de silenciar-se e obrigação de tem se autodefender. A delação premiada acaba sendo uma forma de constranger o acusado, pois o submete a métodos que agridem sua integridade física e mental, constando fatos que interessem para os órgãos de persecução penal, independentemente da veracidade das declarações do colaborador. Sem contar que diante das promessas se fala o que for necessário e não o que é verdade real, ou seja, não há busca pela verdade real, sendo que hoje a operação de athenas se revelou uma verdadeira incriminação sem investigação de conduta concreta, apenas por áudios editados e interpretados ao bel prazer da Polícia Federal. No caso, as declarações de Thiago Caliza da Rocha não tem valor probatório, pois não traz qualquer documento relacionado aos acusados, atribuindo fatos que ouviu dizer e que supostamente sabe sem elemento que corrobore de forma concreta. Com os 'acordos' fica claro que a acusação é uma ilação sem fim. Para Eduardo Kuntz, da Kuntz Advocacia e Consultoria Jurídica, a delação premiada mais parece uma 'gambiarra' para corrigir excessos cometidos, principalmente na fase de inquérito. Sem desrespeitar os bons profissionais, me parece que se os investigadores dos crimes e os fiscais da lei realmente investigassem antes de prender e fizessem um efetivo filtro antes de denunciar, não estaríamos falando de delação, afirma. Assim, a delação premiada deve ser decretada como prova ilícita.

Assevera que:

O acordo de delação premiada homologado pela autoridade coatora não poderia desde o início proporcionar nenhum dos resultados elencados no art. 4º da Lei 12.850/2013, sendo que pela análise superficial da delação premiada não consta em momento algum os resultados advindos dessa colaboração, sendo misturados fatos de competência de justiça eleitoral que não possuem qualquer relação com os fatos investigados na operação athenas.

Discorre sobre os requisitos autorizadores da liminar.

Ao final, requer:

Isto posto, requer a Vossas Excelências:

1. O conhecimento do presente writ, eis que presentes

os requisitos legais;

2. Seja deferida liminar pelo douto Relator para fins de suspender ou anular a decisão que homologou o acordo de delação premiada, até julgamento do writ; Caso outro entendimento seja deferida liminar apenas para suspender/cancelar as audiências de instrução e julgamento designadas para os dias 29 e 30 de novembro e 1º de dezembro do corrente ano na ação penal respectiva, até julgamento do writ;

3. Após decisão acerca do pedido liminar, requer a notificação da autoridade coatora, a fim de que, no prazo legal, preste as informações que entender necessárias, bem como seja colhido o parecer da Procuradoria de Justiça como fiscal da Lei;

4. Ao final, requer a Egrégia Câmara Criminal que seja concedida a ordem no writ para fins de:

> *a) Declarar a inconstitucionalidade do art. 4º §14 da Lei 12.850/2013 e consequentemente a nulidade da cláusula 9º do termo de delação premiada celebrado entre o acusado Thiago Caliza da Rocha e o Ministério Público Estadual, anulando a decisão do juízo coator que homologou o acordo de delação premiada;*
>
> *b) Casou outro entendimento, seja anulada a decisão do juízo coator que homologou o acordo de delação premiada e seu aditivo pela clara e evidente ausência de voluntariedade, decretando prova ilícita e determinando sua exclusão do processo crime respectivo;*
>
> *c) Ainda sendo outro o entendimento, requer seja anulada a homologação do acordo de delação premiada, realizada entre o delator Thiago Caliza da Rocha e o Ministério Público Estadual, em virtude de que pela análise superficial das declarações das delações não poderia desde o início proporcionar nenhum dos resultados elencados no art. 4º da Lei 12.850/2013, já que apenas contem fatos relacionados à Cicero e a mais ninguém, não informando sobre nenhum coautor e participe da suposta organização criminosa, não revelando suposta estrutura hierárquica e divisão de tarefas.*

Liminar indeferida, às f.72-78.

Informações da autoridade apontada como coatora às f.81-84.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f.90-94, pela denegação da ordem.

VOTO 13/12/2016

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Sinval Nunes de Paula, com pedido de liminar, em favor do paciente Cícero dos Santos, apontando como autoridade coatora o Juiz(a) de Direito da Vara Criminal da Comarca de Naviraí.

O presente *writ* flerta com a falta de interesse processual, mas como a questão já foi exaustivamente analisada pelo Supremo Tribunal Federal, o mesmo deve ser conhecido e a ordem denegada.

O cerne da questão da questão posta em julgamento é declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 4º, § 14º, da Lei 12.850/2013 com o intuito de afastar e tornar nula parte da colaboração premiada pactuada entre o Ministério Público Estadual e Thiago Caliza da Rocha, ou, ainda, anular referida delação: a) por falta de voluntariedade, declarando a mesma prova ilícita; b) por não proporcionar os resultados previstos no artigo 4º, da Lei 12.850/2013.

Ocorre que a destituição do meio de obtenção prova denominado acordo de colaboração premiada , por qualquer dos motivos elencados na inicial, somente pode ser pleiteado pelas parte que o firmaram, ou seja, o Ministério Público Estadual e/ou Thiago Caliza da Rocha.

Como esclarece o Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal :

> *O acordo de colaboração não se confunde com os depoimentos prestados pelo agente colaborador.*
>
> *Enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meio de prova, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova.*

Nesse sentido, dispõe o art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13 que "nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal, há muito, assentou o entendimento de que "a delação, de forma isolada, não respalda condenação" (HC nº 75.226/MS, Segunda Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 19/9/97), e de que "a chamada de corréus, retratada ou não em juízo, não pode servir como fundamento exclusivo da condenação", mas tão somente "como elemento ancilar da decisão" (HC nº 90.708/BA, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 13/4/07). Mais recentemente, na AP nº 465/DF, Pleno, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 30/10/14, o Supremo Tribunal Federal voltou a ressaltar que a delação de corréu não pode servir como elemento decisivo para a condenação. [...]

A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como "meio de obtenção de prova", seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.

Dito de outro modo, embora a colaboração premiada tenha repercussão no direito penal material (ao estabelecer as sanções premiais a que fará jus o imputado-colaborador, se resultar exitosa sua cooperação), ela se destina precipuamente a produzir efeitos no âmbito do processo penal. [...]

Note-se que a Lei nº 12.850/13 expressamente se refere a um "acordo de colaboração" e às "negociações" para a sua formalização, a serem realizadas "entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor" (art. 4º, § 6º), a confirmar que se trata de um negócio jurídico processual.

Dentre os relevantes efeitos processuais do acordo de colaboração, destacam-se os previstos no art. 4º da Lei nº 12.850/13: i) "o prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional" (§ 3º); ii) "o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa ou for o primeiro a prestar efetiva colaboração (§ 4º); e iii) "nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade" (§ 14).

Além disso, nos termos do art. 5º da Lei nº 12.850/13, o acordo de colaboração judicialmente homologado confere ao colaborador o direito de: i) "usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica"; ii) "ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados"; iii) "ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes", e iv) "participar das audiências sem contato visual com os outros acusados". Indubitável, portanto, tratar-se de um negócio jurídico processual. [...]

No caso da colaboração premiada, uma vez aceita por uma das partes a proposta formulada pela outra, forma-se o acordo de colaboração, que, ao ser formalizado por escrito, passa a existir (plano da existência). Não se confundem, assim, "proposta" e "acordo", tanto que a "proposta" é retratável, nos termos do art. 4º, § 10, da Lei nº 12.850/13, mas não o acordo. Se o colaborador não mais quiser cumprir seus termos, não se cuidará de retratação, mas de simples inexecução de um negócio jurídico perfeito . O art. 6º, da Lei nº 12.850/13 estabelece os elementos de existência do acordo de colaboração premiada. Esse acordo deverá ser feito por escrito e conter: i) o relato da colaboração

e seus possíveis resultados; ii) as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; iii) a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; e iv) as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor.

Por sua vez, "a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família", prevista no inciso V do referido dispositivo legal, afigura-se um elemento particular eventual, uma vez que o acordo somente disporá sobre tais medidas "quando necessário". Quanto ao plano subsequente da validade, o acordo de colaboração somente será válido se: i) a declaração de vontade do colaborador for a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade e d) deliberada sem má-fé; e ii) o seu objeto for lícito, possível e determinado ou determinável. Nesse sentido, aliás, o art. 4º, caput e seu § 7º, da Lei nº 12.850/13 exige, como requisitos de validade do acordo de colaboração, a voluntariedade do agente, a regularidade e a legalidade dos seus termos. Destaco que requisito de validade do acordo é a liberdade psíquica do agente, e não a sua liberdade de locomoção . A declaração de vontade do agente deve ser produto de uma escolha com liberdade (= liberdade psíquica), e não necessariamente em liberdade, no sentido de liberdade física. Portanto, não há nenhum óbice a que o acordo seja firmado com imputado que esteja custodiado, provisória ou definitivamente, desde que presente a voluntariedade dessa colaboração. Entendimento em sentido contrário importaria em negar injustamente ao imputado preso a possibilidade de firmar acordo de colaboração e de obter sanções premiais por seu cumprimento, em manifesta vulneração ao princípio da isonomia. [...]

Finalmente, superados os planos da existência e da validade, chegase ao plano da eficácia: o acordo existente e válido somente será eficaz se for submetido à homologação judicial (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13)

Esse provimento interlocutório, que não julga o mérito da pretensão acusatória, mas sim resolve uma questão incidente, tem natureza meramente homologatória, limitando-se a se pronunciar sobre a "regularidade, legalidade e voluntariedade" do acordo (art. 4º, § 7º, da Lei nº 12.850/13). [...]

Nessa atividade de delibação, o juiz, ao homologar o acordo de colaboração, não emite nenhum juízo de valor a respeito das declarações eventualmente já prestadas pelo colaborador à autoridade policial ou ao Ministério Público, tampouco confere o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores. [...]Em outras palavras, a homologação judicial do acordo de colaboração premiada não significa, em absoluto, que o juiz admitiu como verídicas ou idôneas as informações eventualmente já prestadas pelo colaborador e tendentes à identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa e das infrações por ela praticadas ou à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa. A homologação judicial constitui simples fator de atribuição de eficácia do acordo de colaboração. Sem essa homologação, o acordo, embora possa existir e ser válido, não será eficaz, ou seja, não se produzirão os efeitos jurídicos diretamente visados pelas partes.[...]

IV) Da impossibilidade de o coautor ou partícipe dos crimes praticados pelo colaborador impugnar o acordo de colaboração.

Por se tratar de um negócio jurídico processual personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento quando do "relato da colaboração e seus possíveis resultados" (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13).

O acordo de colaboração, como negócio jurídico personalíssimo, não vincula o delatado e não atinge diretamente sua esfera jurídica: res inter alios acta. A delação premiada, como já tive oportunidade de assentar, é um benefício de natureza personalíssima,

cujos efeitos não são extensíveis a corréus (RHC nº 124.192/PR, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 8/4/15) Esse negócio jurídico processual tem por finalidade precípua a aplicação da sanção premial ao colaborador, com base nos resultados concretos que trouxer para a investigação e o processo criminal. Assim, a homologação do acordo de colaboração, por si só, não produz nenhum efeito na esfera jurídica do delatado, uma vez que não é o acordo propriamente dito que poderá atingi-la, mas sim as imputações constantes dos depoimentos do colaborador ou as medidas restritivas de direitos fundamentais que vierem a ser adotadas com base nesses depoimentos e nas provas por ele indicadas ou apresentadas - o que, aliás, poderia ocorrer antes, ou mesmo independentemente, de um acordo de colaboração. Tanto isso é verdade que o direito do imputado colaborador às sanções premiais decorrentes da delação premiada prevista no art. 14 da Lei nº 9.807/99; no art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro); no art. 159, § 4º, do Código Penal, na redação dada pela Lei nº 9.269/96 (extorsão mediante sequestro); no art. 25, § 2º, da Lei nº 7.492/86 e no art. 41 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), independe da existência de um acordo formal homologado judicialmente. Ao disciplinarem a delação premiada, esses outros diplomas legais reputam suficiente, para a aplicação das sanções premiais, a colaboração efetiva do agente para a apuração das infrações penais, identificação de coautores ou partícipes, localização de bens, direitos ou valores auferidos com a prática do crime ou libertação da vítima, a demonstrar, mais uma vez, que não é o acordo propriamente dito que atinge a esfera jurídica de terceiros. Corroborando essa assertiva, ainda que o colaborador, por descumprir alguma condição do acordo, não faça jus a qualquer sanção premial por ocasião da sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13), suas declarações, desde que amparadas por outras provas idôneas (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13), poderão ser consideradas meio de prova válido para fundamentar a condenação de coautores e partícipes da organização criminosa. [...]

Outrossim, negar-se ao delatado o direito de impugnar o acordo de colaboração não implica desproteção a seus interesses.

A uma porque a própria Lei nº 12.850/13 estabelece que "nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador" (art. 4º, § 16).

A duas porque, como já exposto, será assegurado ao delatado, pelo contraditório judicial, o direito de confrontar as declarações do colaborador e as provas com base nela obtidas.

[...]

Neste particular, o art. 4º, § 12, da Lei nº 12.850/13 determina que, "ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial". Por sua vez, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), no art. 8º, inciso 2, f, estabelece, como garantia judicial, "o direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos". Não resta dúvida, portanto, de que o delatado, no exercício do contraditório, terá o direito de inquirir o colaborador, seja na audiência de interrogatório, seja em audiência especificamente designada para esse fim.

Assegura-se, dessa forma, a "paridade de armas" entre o delatado e o órgão acusador, entendida como "o indispensável equilíbrio que deve existir entre as oportunidades concedidas às partes para que, ao apresentar suas provas e alegações ao juiz ou tribunal, não seja colocado em desvantagem em relação à parte contrária" (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 36). [...]

Neste particular, o art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13, ao prever que "nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador", inspira-se nitidamente no citado art. 192, § 3º, do Código de Processo Penal italiano, que não exclui a utilizabilidade probatória das declarações feitas por coimputado

> *sobre a responsabilidade alheia, mas, ao impor sua valoração conjunta com outros elementos que confirmem sua credibilidade ("attendibilità"), subordina sua utilização à necessidade de corroboração por elementos externos de verificação (GREVI, Vittorio. Compendio di procedura penale. 6. ed. p. 323-324) [...]* (STF. HC 127483, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, Processo Eletrônico DJe-021 Divulg 03-02-2016 Public 04-02-2016).

Daí se extrai o seguinte:

Nenhum direito é absoluto e se Thiago Caliza da Rocha renunciou ao seu direito de permanecer em silêncio ao aderir e assinar a colaboração premiada, tal termo/claúsula somente pode ser contestada pelo mesmo, pois se trata de direito personalíssimo;

Somente as partes, ou seja Thiago Caliza da Rocha e o Ministério Público Estadual, podem pleitear a anulação da homologação da colaboração premiada por ausência de elemento de validade (processo volitivo)

Pessoas nominadas pelo colaborador não podem pleitear a anulação do acordo de colaboração premiada ,por ser benefício de natureza personalíssima.

O juiz singular limita-se a homologar o acordo, não analisando as declarações e provas anexadas ao mesmo, sendo que cabe à defesa técnica do paciente confrontar as declarações do delator e as provas produzidas na fase judicial.

Ante o exposto, com o parecer, denego a ordem.

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (1º Vogal)

Acompanho o voto do Relator.

Conclusão de julgamento adiada para a próxima sessão, em face do pedido de vista do 2º Vogal (Des. Romero), após o Relator e a 1ª Vogal (Desa. Maria Isabel) denegarem a ordem.

VOTO 24/01/2017

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Vogal)

Pedi vista dos autos para melhor analisar o caso posto em julgamento e não tenho dúvida em acompanhar o e. Relator para denegar a presente ordem de *habeas corpus*, por todos os seus fundamentos.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, denegaram a ordem, nos termos do voto do Relator.

Presidência do Exmo. Sr. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Romero Osme Dias Lopes.

Campo Grande, 24 de janeiro de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 1400209-81.2017.8.12.0000 - Paranaíba
Relator Des. Manoel Mendes Carli

EMENTA – *HABEAS CORPUS* – TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL – DENÚNCIA CONTRA VEREADOR – ABUSO DE PODER POR DUAS VEZES – ATIPICIDADE DA CONDUTA E IMUNIDADE – TENTATIVA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – CONDUTA ATÍPICA – FALSIDADE IDEOLÓGICA – CONDUTA ATÍPICA – IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO DE NORMAS REGIMENTAIS – QUESTÃO RESOLVIDA NA ESFERA ADMINISTRATIVA – ORDEM CONCEDIDA

Publicação de decreto legislativo com reconhecimento judicial posterior de vício formal não constitui abuso de poder.

Conforme Tema 469, do STF: *"Nos limites da circunscrição do município e havendo pertinência com o exercício do mandato, garante-se a imunidade ao vereador"*.

A determinação de publicação de Decreto Legislativo, que goza de presunção de legalidade, não pode ser obstada por servidor da Câmara Municipal, pois não compete ao mesmo controle de constitucionalidade ou legalidade de legislação municipal, inexistindo tentativa de constrangimento ilegal na referida determinação.

Atípica a conduta de falsidade ideológica, uma vez que a legislação municipal dá margens à combinação de leis, bem como, descabe ao Judiciário interpretação de normas regimentais de modo a chegar à conclusão de que vereador burlou Regimento Interno para proveito próprio, determinando a publicação de decreto lei com conteúdo inverídico.

Todas as questões trazidas na denúncia estão submetidas à subsidiariadade do Direito Penal, pois plenamente resolvidas no âmbito do direito administrativo e internamente na Câmara de Vereadores de Paranaíba-MS.

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, conceder a ordem, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 7 de março de 2017.

Des. Manoel Mendes Carli - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Arthur Vasconcellos Dias Almeidinha e João Henrique Miranda Soares Catan impetram ordem de *habeas corpus*, com pedido de liminar, em favor do paciente Paulo Henrique Cançado Soares apontando como autoridade coatora o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Paranaíba/MS.

Visa o presente *writ* trancar a Ação Penal 0803331-05.2014.8.12.0018, onde Paulo Henrique, então vereador em Paranaíba-MS, foi denunciado como incurso nas penas dos artigos 3º, alínea "j" e 4, alínea "h", da Lei 4.898/1965 (abuso de autoridade), artigo 146, *caput* c/c artigo 14, do Código Penal (tentativa de constrangimento ilegal) e artigo 299, *caput,* do Código Penal, delitos supostamente cometidos em concurso material.

Discorrem sobre os requisitos da liminar.

Requerem a liminar para suspender a Ação Penal 0803331-05.2014.8.12.0018 e, ao final, o trancamento da referida ação por falta de justa causa para persecução penal. Documentos de f. 36-801.

Liminar indeferida, às f. 805-809

Informações da autoridade apontada como coatora às f. 813-816 e documentos, às f. 817-1372.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 1377-1384, pela denegação da ordem.

Os impetrantes foram devidamente intimados para realizar sustentação oral, às f. 1387.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Arthur Vasconcellos Dias Almeidinha e João Henrique Miranda Soares Catan, com pedido de liminar, em favor do paciente Paulo Henrique Cançado Soares apontando como autoridade coatora o Juízo da Vara Criminal da Comarca de Paranaíba-MS.

Visa o presente *writ* trancar a Ação Penal 0803331-05.2014.8.12.0018, onde Paulo Henrique, então vereador em Paranaíba-MS, foi denunciado como incurso nas penas dos artigos 3º, alínea *j* e 4, alínea *h*, da Lei 4.898/1965 (abuso de autoridade), artigo 146, *caput* c/c artigo 14, do Código Penal (tentativa de constrangimento ilegal) e artigo 299, *caput, do* Código Penal, delitos supostamente cometidos em concurso material.

O ato ilegal apontado no presente *writ* consiste na decisão proferida pela autoridade apontada como coatora em 4 de outubro de 2016 (f. 707-708 da origem) que rejeitou a tese arguida em sede de defesa preliminar, qual seja, atipicidade das condutas por imunidade parlamentar.

Cinge-se, portanto, o presente *habeas corpus* a verificar se presente ou não a imunidade parlamentar de modo a obstar o seguimento da ação penal

Três questões prévias devem ser observadas ante da análise de cada fato típico imputado a Paulo Henrique:

a) a imunidade parlamentar, por ser excludente de tipicidade, é questão prévia a ser analisada de modo a obstar o andamento de ações penais de forma desnecessária;

b) o STF firmou a seguinte Tese em Repercussão Geral: *"Tema 469 :Nos limites da circunscrição do município e havendo pertinência com o exercício do mandato, garante-se a imunidade ao vereador",* que deve ser observada e aplicada por todos os Tribunais.

c) as questões postas em julgamento são essencialmente ligadas ao Direito Administrativo.

Feitas referidas observações, passo à análise de cada delito descrito na denúncia (f. 36-42).

Do Constrangimento Ilegal

De acordo com a denúncia em 18 /8/2014, às 15h15, foi protocolada na Câmara Municipal uma denúncia de infrações políticas administrativas em face do Prefeito de Paranaíba-MS Diogo Robalinho de Queiroz.

No mesmo dia, durante a 27ª Sessão Ordinária da Câmara Municipal foi discutido e aprovado o requerimento que versa sobre a mencionada denúncia.

Após lida e recebida a denúncia foi criada a Comissão Processante, escolhidos os membros, conforme artigo 5º, inciso II, do Decreto -Lei nº 201/67 e, ao final dos respectivos trabalhos, Paulo Henrique leu uma solicitação para o Presidente da Câmara expedisse um Decreto legislativo afastando o Prefeito Municipal, conforme artigo 107, inciso II, da Lei Orgânica do Município.

De acordo com a denúncia, Paulo Henrique atentou contra direitos e garantias legais asseguradas ao exercício profissional, bem como praticou ato lesivo da honra e do patrimônio de pessoa jurídica (Administração Pública), praticado com abuso e desvio de poder e sem competência legal.

O denunciado articulou de forma arbitrária, em autêntico desvio de poder e sem competência legal, para fazer publicar um Decreto legislativo ao arrepio da Lei.

De acordo com a denúncia, referido decreto legislativo tem o condão de gerar atos externos, em especial, o afastamento do Prefeito.

Ocorre que o trâmite regimental não foi observado: a) referido ato legislativo é de deliberação do Plenário da Câmara e depende do ato Colegiado da Mesa, conforme artigo 89, *caput*[1], e artigo 24, inciso XIII[2], ambos do Regimento Interno da Câmara de Vereadores de Paranaíba-MS.

Expõe a denúncia que o Decreto Legislativo não pode ser publicado por um vereador e, ao fazer tal ato, o paciente *in verbis "causou prejuízos e lesionou a honra do Prefeito Municipal de Paranaíba, destacando em toda a mídia seu afastamento da Prefeitura Municipal Local"* (f. 38).

Discorre que a Prefeitura, pessoa de direito público, teve sua imagem lesada pelo ato abusivo, em razão das notícias expostas na mídia sobre o afastamento do Chefe do Municipal.

Consta ainda que Paulo Henrique agiu fora de suas competências, impedindo o livre exercício do Presidente da Câmara Municipal, autoridade que tinha competência para o ato.

Narra ainda que Paulo Henrique agiu com abuso de poder, sem competência para editar Decreto Legislativo, que para contenção da ilegalidade foi necessário impetrar mandado de segurança para combater a ilegalidade, ensejou intervenção do Presidente do Legislativo para combater a ilegalidade, revogando referido ato, agiu de forma premeditada e com objetivo de prejudicar o Prefeito, de quem inimigo político e ainda seria beneficiado pois iria responder pela Secretaria de Indústria e Comércio.

Prevê o os artigos 3º, alínea *j* e 4, alínea *h*, da Lei 4.898/1965:

> *Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:*
>
> *j) aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional.*

1 Art. 89 Toda matéria legislativa de competência da Câmara, depende de manifestação do Prefeito, será objeto de Lei; todas as deliberações privativas da Câmara, tomadas em Plenário, que independem do Executivo, terão forma de Decreto legislativo ou de Resolução, conforme o caso.
§ 1º Destinam-se os Decretos Legislativos a regular as matérias de exclusiva competência da Câmara, sem sanção do Prefeito e que tenham efeito externo.
§ 2º Destinam-se as Resoluções a regular as matérias de caráter político ou administrativo relativas a assuntos de economia interna da Câmara.

2 Art. 24 Compete à Mesa da Câmara privativamente, em colegiado. XIII assinar, por todos os seus membros, as Resoluções e Decretos Legislativos;

> *Art. 4º Constitui também abuso de autoridade*
>
> *h) o ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica, quando praticado com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal;*

Em relação ao referido delito evidente a excludente de tipicidade, por duas razões.

Vício formal na publicação de decreto legislativo configura abuso de autoridade?

É evidente que a resposta é negativa.

Ora, o vício formal no referido decreto legislativo foi reconhecido na liminar concedida no Mandado de Segurança 0802843-50.2014.8.12.0018, cujo trecho transcrevo:

> *No presente caso, a previsão do artigo 107, inciso II, da Lei Orgânica do Município, que permite o afastamento do Prefeito após a instauração da Comissão Processante para apurar infrações político-administrativas, esbarra em um aparente vício formal, pois em conflito com o Decreto Lei n.º 201/67. Tratando-se de crime de responsabilidade e de infração político-administrativa praticada pelo Chefe do Poder Executivo aplica-se as determinações do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, que apesar de editado antes da vigência da Constituição Federal de 1988, foi por ela recepcionada. [...] De acordo com o art. 5º do Decreto-Lei 201/67, o processo de cassação do mandato do Prefeito pela Câmara, por infrações infrações político-administrativas, obedecerá o rito nele previsto, se outro não for estabelecido pela legislação do Estado respectivo, não havendo nenhuma previsão de afastamento provisório.*

Posteriormente o *mandamus* perdeu o objeto porque revogado o ato coator por meio do Decreto Legislativo n. 11, de 20 de agosto de 2014.

A questão ainda envolve conflito de lei municipal com lei federal, ou seja, toda a construção do suposto abuso de poder na denúncia cairia por terra.

Em relação ao segundo item, aplica-se o *"Tema 469, do STF: Nos limites da circunscrição do município e havendo pertinência com o exercício do mandato, garante-se a imunidade ao vereador"*.

Na função de vereador, Paulo Henrique, amparado por legislação municipal conflitante com lei federal, de acordo com a denúncia, ofendeu a honra do Prefeito e da Prefeitura, pessoa de direito público.

Observe-se que:

> *A cláusula de inviolabilidade constitucional, que impede a responsabilização penal e/ou civil do membro do Congresso Nacional, por suas palavras, opiniões e votos, também abrange, sob seu manto protetor, (1) as entrevistas jornalísticas, (2) a transmissão, para a imprensa, do conteúdo de pronunciamentos ou de relatórios produzidos nas Casas Legislativas e (3) as declarações feitas aos meios de comunicação social, eis que tais manifestações – desde que vinculadas ao desempenho do mandato – qualificam-se como natural projeção do exercício das atividades parlamentares. Doutrina. Precedentes. - Reconhecimento da incidência, no caso, da garantia de imunidade parlamentar material em favor do congressista acusado de delito contra a honra.* (STF. Inq 2332 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 10/02/2011, DJe-040 Divulg 28-02-2011 Public 01-03-2011 Ement Vol-02473-01 PP-00034)"

Neste tópico, está garantida a imunidade do parlamentar e eventual abuso do paciente deve ser apurado na Câmara de Vereadores de Paranaíba-MS, onde seus pares podem cassá-lo por quebra de decoro.

De fato, Paulo Henrique não pode ser processado por seus atos no exercício do mandato, *in officio* ou *propter officium,* e nos limites do Município de Paranaíba-MS

Observo ainda que toda a denúncia do Ministério Público Estadual é construída com base em premissa equivocada.

Com efeito. Basta verificar o artigo 107, inciso II, da Lei Orgânica do Município de Paranaíba-MS: *"Art. 107. O Prefeito ficará suspenso de suas funções: I – nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Tribunal de Justiça do Estado; II – Nas infrações político-administrativas, após a instauração da Comissão Processante.* (redação dada pela Emenda à L.O.M. nº 004, de 07/10/96)*"*

De acordo com o artigo 41, do Regimento Interno da Câmara de Vereadores de Paranaíba-MS, *"Art. 41 A Câmara constituirá Comissão Processante para fim de apurar a prática de infração político-administrativo do Prefeito ou de Vereador, observando o disposto na Lei Federal aplicável e na Lei Orgânica do Município".*

No caso, houve opção pela aplicação da Lei Orgânica do Município, ou seja, má escolha da legislação cabível na espécie, não acarreta crime por ser questão a ser dirimida no âmbito do Direito Administrativo.

Da tentativa de constrangimento ilegal

Conforme denúncia (f. 39-40) por volta no dia 19 de agosto de 2014, por volta de 11h30, na Sede da Câmara Municipal de Paranaíba-MS, Paulo Henrique tentou constranger mediante grave ameaça a funcionária Maísa a fazer o que a lei não permite, *"não se consumando o ato por circunstâncias alheias à sua vontade".*

Na denúncia não constou a lotação, cargo ou função da referida servidora.

No dia dos fatos, de acordo com a denúncia, o paciente e dois advogados, ameaçaram a mesma de prisão para fazer publicar Decreto Legislativo que era de atribuição do Presidente da Câmara.

Paulo Henrique teria se valido do cargo de Vice-Presidente da Câmara de Vereadores de Paranaíba-MS para que a ordem fosse cumprida, tendo ameaçado a servidora na presença de outras servidores.

A servidora deixou o local chorando e visivelmente constrangida. Consta que o delito não se consumou porque o Presidente da Câmara chegou ao local acompanhado de terceiros e impediram a permanência do referido constrangimento.

Aqui, os motivos para o trancamento da ação penal são diversos, mas o mesmo, primeiramente passa pelo exame do conteúdo do Decreto Legislativo 10/2014[3]:

> *CÂMARA MUNICIPAL DE PARANAÍBA*
>
> *Decreto Legislativo nº 010, de 19 de agosto de 2014*
>
> *"Decreta o afastamento do Prefeito Municipal Diogo Robalinho Queiroz.*
>
> *"Considerando: Que na 27ª Sessão Ordinária foi instaurada Comissão Processante para apurar as infrações político-administrativas denunciadas nos termos do artigo 5º, do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967;*
>
> *Considerando: Que o Artigo 107, II, da Lei Orgânica do Município de Paranaíba, MS, tem aplicação imediata determinando o afastamento do Prefeito Municipal de suas funções após a instauração da Comissão Processante de infrações político-administrativas;*

3 *In*: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/75693267/doems-20-08-2014-pg-24. Acesso em 3 de março de 2017, às 14h44.

Considerando: Que o Presidente da Câmara dos Vereadores não promulgou e fez publicar o Decreto-Legislativo afastando o Prefeito de suas funções imediatamente após a instauração da Comissão Processante, apesar de requerimento realizado pelo Vice-Presidente da Câmara dos Vereadores;

Considerando: Que deve ser imediatamente aplicado o artigo 107, II, da Lei Orgânica Municipal, faço uso do artigo 33 do Regimento Interno da Câmara dos Vereadores que impõe ao Vice-Presidente da Câmara dos Vereadores o dever de fazer as vezes do Presidente, caso este deixe de promulgar e publicar Resoluções e Decretos Legislativos no prazo legal.

Faço saber que a Câmara Municipal de Paranaíba, Estado de Mato Grosso do Sul, no uso de suas atribuições legais, recebeu a denúncia por infrações político-administrativas do Prefeito Municipal por dois terços dos vereadores presentes.

Decreto Legislativo:

Artigo 1º - Fica o Prefeito Diogo Robalinho de Queiroz suspenso de suas funções, pelo prazo máximo de cento e oitenta dias

Artigo 2º - Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento da Comissão Processante das infrações político-administrativas não estiver concluído, cessará o afastamento do Prefeito, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo.

Artigo 3º - Este Decreto Legislativo entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Artigo 4º - Expeça-se ofício, com cópia deste Decreto, para a Justiça Eleitoral, para o Ministério Público, para a Guarda Municipal.

Câmara Municipal de Paranaíba-MS., em 19 de agosto de 2014.

Vereador Paulo Henrique Cançado Soares

Vice-Presidente

Nenhuma espécie de legislação é ilegal ou inconstitucional sem a declaração de um juiz nesse sentido.

De acordo com Hely Lopes Meireles[4], *"o decreto legislativo não é lei nem ato simplesmente administrativo, é deliberação legislativa de natureza político-administrativa de efeitos externos e impositivos a seus destinatários"*

No caso concreto, no dia 19 de agosto de 2014, Paulo Henrique, vice-presidente da Câmara de Vereadores da Câmara Municipal de Paranaíba-MS, no uso de sua atribuições[5], determinou que uma servidora da referida casa legislativa publicasse um decreto legislativo, até então, revestido de toda a legalidade.

Portanto, no dia 19 de agosto de 2014 o Decreto Legislativo nº 10/2014 gozava de presunção de legalidade e nenhum servidor poderia fazer controle de constitucionalidade ou legalidade do mesmo.

4 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro.** 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.659-660.

5 Art. 33 O Vice-Presidente ou seu substituto promulgará e fará publicar as Resoluções e Decretos Legislativos sempre que o Presidente, ainda que se ache em exercício, deixe expirar o prazo para fazê-lo.

Somente no dia 20 de agosto de 2014 a Juíza de Direito titular da 1ª Vara Cível de Paranaíba-MS concedeu liminar no Mandado de Segurança 0802843-50.2014.8.12.0018 com o seguinte teor: *"defiro a liminar pleiteada para o fim de suspender o Decreto Legislativo n. 10, de 19 de agosto de 2014, mantendo o impetrante Diogo Robalinho de Queiroz no cargo de Prefeito Municipal de Paranaíba até o julgamento definitivo desta ação"*.

Conforme acima já mencionado, a *ratio decidendi* da referida liminar foi o vício formal no Decreto Legislativo nº 10/2014, uma vez que a Lei Orgânica do Município de Paranaíba-MS conflita com Lei Federal.

Outrossim, é dever de todo servidor público cumprir ordem superiores, exceto as quando manifestamente ilegais e, nesse caso, deve haver representação pela via adequada, onde é garantido ao representado a ampla defesa.

Assim, referida conduta descrita na denúncia é atípica.

Se tal não bastasse, referido ato – determinação de publicação de legislação – estaria abarcada a imunidade, pois guarda estrita relação com o desempenho de sua função legislativa/fiscalizadora (*prática in officio*) e o ato riginou-se em razão dela (prática *propter officium)*.

Da falsidade ideológica

Expõe a denúncia que o Decreto Legislativo acima transcrito contém declarações falsas com a finalidade de prejudicar direitos e criar obrigações.

É que constou que o Presidente da Câmara deixou de publicar o referido mandato legislativo, mas o paciente não realizou nenhum protocolo na Câmara Municipal do mencionado Decreto Legislativo para que o Presidente da Casa deixasse de cumprir o prazo final.

Afirma que a solicitação que Paulo Henrique elaborou no final da Sessão no dia 18 de agosto de 2014 não seria suficiente para apontar a omissão do Presidente da Câmara Municipal, pois o mesmo teria o prazo de 48 horas[6] (por analogia, prazo do art.72, §8º, da Lei Orgânica do Município) para fazê-lo, conforme legislação municipal.

De acordo com a denúncia, o paciente somente protocolou o requerimento da publicação do referido decreto no dia 20/8/2014, às 10h35.

A segunda informação falsa é no sentido que a Comissão Processante já havia sido instaurada, mas sua instauração se deu apenas com a publicação da Resolução e do recebimento do processo.

A terceira informação falsa é que o decreto Legislativo havia sido *"publicado e registrado na secretaria da Câmara municipal na data supra"*, mas não houve autorização, registro e assinatura da Diretoria Administrativa da Câmara Municipal para referido ato.

Nesse ponto, também não há como prosseguir a ação penal, por ser referida conduta atípica.

De acordo com o artigo 41, do Regimento Interno da Câmara de Vereadores de Paranaíba-MS, *"Art. 41 A Câmara constituirá Comissão Processante para fim de apurar a prática de infração político-administrativo do Prefeito ou de Vereador, observando o disposto na Lei Federal aplicável e na Lei Orgânica do Município"*.

6 Art. 72. O projeto de lei aprovado pela Câmara será, no prazo de dez dias úteis, enviado pelo seu Presidente ao Prefeito Municipal que, concordando, o sancionará no prazo de quinze dias. § 8º - Se o Prefeito Municipal não promulgar a lei no prazo de quarenta e oito horas, e ainda nos casos de sanção tácita, o Presidente da Câmara a promulgará e, se este não fizer no prazo de quarenta e oito horas, caberá ao Vice-Presidente obrigatoriamente faze-lo, em igual prazo.

Nesse ponto, há divergência entre legislação municipal e federal e, pela legislação municipal permitida a utilização das duas leis, pois utilizada a conjunção aditiva *"e"*.

O Decreto-Lei 201/67 prevê que:

> *"Art. 5º O processo de cassação do mandato do Prefeito pela Câmara, por infrações definidas no artigo anterior, obedecerá ao seguinte rito, se outro não for estabelecido pela legislação do Estado respectivo:II - De posse da denúncia, o Presidente da Câmara, na primeira sessão, determinará sua leitura e consultará a Câmara sobre o seu recebimento. Decidido o recebimento, pelo voto da maioria dos presentes, na mesma sessão será constituída a Comissão processante, com três Vereadores sorteados entre os desimpedidos, os quais elegerão, desde logo, o Presidente e o Relator".*

Como na Câmara Municipal houve uma mescla de legislação municipal com federal – *o que é possível conforme acima transcrito* – que culminou em vício formal, uma vez que o Decreto-Lei 201/67 deveria ter sido integralmente observado, a publicação, de fato, era imediata, conforme se extrai do artigo 107, inciso II, da Lei Orgânica do Município de Paranaíba-MS: *"Art. 107. O Prefeito ficará suspenso de suas funções: II – Nas infrações político-administrativas, após a instauração da Comissão Processante. (Redação dada pela Emenda à L.O.M. nº 004, de 07/10/96)".*

O resto da denúncia trata de interpretação dada pelo *parquet* do rito adotado pelo legislativo municipal, de acordo com o Regimento Interno da Câmara de Vereadores de Paranaíba-MS.

Mais uma vez, como esclarece Hely Lopes Meirelles[7]:

> *Os internas corporis das Câmaras também são vedados à revisto judicial comum, mas é preciso que se estenda sem eu exato conceito, e nos justos limites, o significado de tais atos. Em sentido técnico-jurídico, interna corporis não é tudo que provém do seio da Câmara ou de suas deliberações internas.*
>
> *Interna corporis são só aquelas questões ou assuntos que entendem direta e imediatamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, que, por sua própria natureza, são reservados à exclusiva apreciação e deliberação do Plenário do Câmara. Tais são os atos de escolha da Mesa (eleições internas), os de verificação de poderes e incompatibilidades de seus membros (cassação de mandatos, concessão de licenças etc.) e os de utilização de suas prerrogativas institucionais (modo de funcionamento da Câmara, elaboração de regimento, constituição de comissões, organização de serviços auxiliares etc.) e a valoração das votações.*
>
> *[...]*
>
> *Assim, se, numa eleição de Mesa, o Plenário violar o regimento, a lei ou a Constituição, o ato ficará sujeito a invalidação judicial, para que a Câmara o renove em forma legal; mas o Judiciário nada poderá dizer se, atendidas todas as prescrições constitucionais, legais e regimentais, a votação não satisfazer os partidos, ou não consultar o interesse dos cidadãos ou a pretensão da minoria. O controle judiciário não poderá estender-se aos atos de opção e deliberação da Câmara nos assuntos de sua economia interna, porque estes é que constituem propriamente os seus interna corporis.*

Ainda sobre a questão *"Na mesma linha de raciocínio, Alexandre de Moraes afirma que, no que toca à possibilidade de controle jurisdicional em relação à interpretação de normas regimentais das Casas Legislativas, não é possível ao Poder Judiciário, substituindo-se ao próprio legislativo, dizer qual*

7 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 29ª edição . São Paulo: Malheiros, 2004. p. 686-687. In: TJ-PR - AC: 3806562 PR 0380656-2, Relator: Regina Afonso Portes, Data de Julgamento: 07/08/2007, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 7450.

o verdadeiro significado da previsão regimental, por tratar-se de assunto interna corporis, sob pena de ostensivo desrespeito à separação de Poderes (CF, art. 2º), por intromissão política do Judiciário no Legislativo" (Direito Constitucional", 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 618)".(STJ. RMS 14.340/SP, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 14/09/2004, DJ 21/03/2005, p. 296).

No caso concreto, já houve o controle do judiciário no caso concreto com o pronunciamento concedendo a liminar no Mandado de Segurança 0802843-50.2014. 8.12.0018.

Não há como fazer interpretações dos demais fatos envolvendo Regimento Interno para chegar à conclusão de que houve crime, pois todo fato foi originado por permissividade de combinação de legislação, ou seja, a publicação do referido decreto prestigiou modelo específico previsto na Lei Orgânica do Município de Paranaíba-MS

Por fim observo que todas as questões trazidas na denúncia deveriam ter sido submetidas à subsidiariadade do Direito Penal, pois plenamente resolvidas no âmbito do direito administrativo e internamente na Câmara de Vereadores de Paranaíba-MS.

Ante o exposto, concedo a ordem para trancar a Ação Penal 0803331-05.2014.8.12.0018 por falta de justa causa para a persecução penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, concederam a ordem, nos termos do voto do relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 07 de março de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0001531-82.2013.8.12.0026 - Bataguassu
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA do apelo de Bruce Willis Prado dos Santos

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE ROUBO MAJORADO MEDIANTE EMPREGO DE ARMA DE FOGO, EM CONCURSO DE PESSOAS – VÁRIAS VÍTIMAS – SUBTRAÇÃO DE CELULAR E DE VEÍCULO AUTOMOTOR A SER TRANSPORTADO PARA O EXTERIOR – AGENTE MANTÉM AS VÍTIMAS EM SEU PODER, RESTRINGINDO SUA LIBERDADE – PLEITO ABSOLUTÓRIO NEGADO – PEDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA RECEPTAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PEDIDO DE AFASTAMENTO DAS QUATRO MAJORANTES DO ART. 157, § 2º, I, II, IV E V DO CP – ACOLHIDO EM PARTE – AFASTADA APENAS A MAJORANTE DA SUBTRAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR QUE VENHA A SER TRANSPORTADO PARA O EXTERIOR PREVISTA NO ART. 157, § 2º, IV, DO CÓDIGO PENAL – FRONTEIRA INTERNACIONAL QUE NÃO FOI TRANSPOSTA – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

A condenação deve ser mantida se a autoria delitiva encontra-se cabalmente demonstrada pelos depoimentos das vítimas e testemunhas, bem como pelo fato do veículo e do celular, produtos do crime, serem apreendidos na posse do apelante pouco tempo após o roubo.

As majorantes do art. 157, § 2º, I, II e V do CP foram comprovadas pelas provas testemunhais, depoimentos das vítimas e interrogatório dos próprios apelantes, por isso, não há como afastar essas causas de aumento de pena.

A incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, IV, do Código Penal exige a efetiva transposição das divisas estaduais ou internacionais, não sendo suficiente, para tanto, a mera intenção do agente em transpô-la.

Mantida a exasperação do patamar de aumento pelas três causas de aumento, porque justificada por elementos concretos.

Com o parecer, recurso provido em parte, sem alteração da pena.

EMENTA do apelo de Uillians Rogério dos Santos

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE ROUBO MAJORADO MEDIANTE EMPREGO DE ARMA DE FOGO, EM CONCURSO DE PESSOAS – VÁRIAS VÍTIMAS – SUBTRAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR A SER TRANSPORTADO PARA O EXTERIOR E DE CELULAR – AGENTE QUE MANTÉM AS VÍTIMAS EM SEU PODER, RESTRINGINDO SUA LIBERDADE – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA RECEPTAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE – PRETENDIDO AFASTAMENTO DAS MODULADORAS DOS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE – EM PARTE CONCEDIDO AFASTANDO-SE A PERSONALIDADE – PLEITO DE REDUÇÃO DO *QUANTUM* APLICADO NAS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA – NEGADO – PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PARA O CUMPRIMENTO INICIAL DE PENA – INVIABILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A condenação deve ser mantida se a autoria delitiva encontra-se cabalmente demonstrada pelos depoimentos das vítimas e testemunhas, bem como pelo fato do veículo e do celular, produtos do crime, serem apreendidos na posse do apelante pouco tempo após o roubo.

Deve ser decotada a personalidade, pois as qualidades morais, a índole, o sentido moral do criminoso, não puderam ser aferidas no caso, pelo que a dosimetria da pena merece reparo neste tópico.

A condenação transitada em julgado, conforme certidão de antecedentes de f. 366-367 configura circunstância judicial de maus antecedentes.

Tratando-se de roubo com a presença de três majorantes (art. 157, § 2º, I, II e V do CP), o acréscimo na terceira fase além do patamar mínimo requer fundamentação, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes; no caso a exasperação se justifica pela presença de três majorantes praticadas com elementos de maior reprovabilidade, que justificam manter patamar mais elevado.

Malgrado o réu não seja reincidente, a pena privativa de liberdade imposta ao apelante é bem superior ao mínimo legal, trata-se de roubo majorado por três causas de aumento, e o réu tem maus antecedentes, circunstância judicial relevante do artigo 59 do CP que milita em seu desfavor, por isso deve ser mantido o regime fechado para início do cumprimento da pena.

DE OFÍCIO, AFASTADA A MAJORANTE DA SUBTRAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR QUE VENHA A SER TRANSPORTADO PARA O EXTERIOR PREVISTA NO ART. 157, § 2º, IV, DO CÓDIGO PENAL – FRONTEIRA INTERNACIONAL QUE NÃO FOI TRANSPOSTA.

A incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, IV, do Código Penal exige a efetiva transposição das divisas estaduais ou internacionais, não sendo suficiente, para tanto, a mera intenção do agente em transpô-la.

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, dar parcial provimento aos recursos, nos termos do voto da relatora.

Campo Grande, 14 de março de 2017.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Bruce Willis Prado dos Santos e Uillians Rogério dos Santos interpõe recurso de apelação manifestando seu inconformismo pela sentença que julgou procedente a denúncia, condenando Uillians Rogério dos Santos, a pena privativa de liberdade de 07 (sete) anos e 6 (seis) de reclusão cada, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, no valor de 1/30 do salário-mínimo cada, e Bruce Willis Prado dos Santos, a pena privativa de liberdade de 06 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 15 dias-multa, no valor de 1/30 do salário-mínimo cada, pela prática do fato tipificado no art. 157, § 2º, inciso I, II, IV e V do Código Penal.

Em razões de apelação, o apelante Bruce Willis Prado dos Santos, pede a reforma da decisão, absolvendo-o por falta de provas da autoria, subsidiariamente pede a desclassificando para o crime de receptação; ainda, pede o afastamento das causas de aumento de pena (f. 457-471).

Em razões de apelação, o apelante Uillians Rogério dos Santos, pede a reforma da decisão, desclassificando para o crime de receptação; subsidiariamente, pede a redução da pena-base ao mínimo legal; redução do quantum aplicado nas causas de aumento de pena; aplicação de um regime menos gravoso para o cumprimento inicial de pena, (f. 479-485).

O Ministério Público Estadual, em contrarrazões, pugnou pelo desprovimento de ambos recursos, mantendo-se incólume a sentença condenatória (f. 473-477/).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer, opinou pelo conhecimento e parcial provimento dos apelos, para afastar a causa de aumento do inciso IV do § 2º, art. 157 CP, pedido por Bruce Willis, afastar a circunstância judicial da personalidade de Uillians, mantendo a pena-base acima do mínimo legal (f. 287/293). Prequestiona a negativa de vigência aos artigos 33, §§ 2º e 3º, 59, e 157, §2º, incisos I, II, IV e V, todos do Código Penal.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Trata-se de apelação interposta por Bruce Willis Prado dos Santos e Uillians Rogério dos Santos manifestando seu inconformismo pela sentença que julgou procedente a denúncia, condenando Uillians Rogério dos Santos, a pena privativa de liberdade de 07 (sete) anos e 6 (seis) de reclusão cada, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, no valor de 1/30 do salário-mínimo cada, e Bruce Willis Prado dos Santos, a pena privativa de liberdade de 06 anos de reclusão cada, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 15 dias-multa, no valor de 1/30 do salário-mínimo cada, pela prática do fato tipificado no art. 157, § 2º, inciso I, II, IV e V do Código Penal.

Narra a denúncia que (f. 01/04):

> *(...) Segundo apurado, no dia dos fatos, após arrombarem a porta de entrada da residência das vítimas, os acusados, devidamente encapuzados e com armas de fogo em punho, invadiram sua residência, anunciaram o assalto, ocasião em que passaram a exigir das vítimas todo o dinheiro e armas que estivessem em seu poder.*
>
> *Ato contínuo, os acusados amarram e amordaçaram as vítimas com cordas e fitas adesivas.*
>
> *Diante da negativa das vítimas de que não tinham dinheiro nem armas, os acusados agrediram fisicamente a vítima José Antonio dos Santos com pontapés, chutes e empurrões, além de ameaçar de morte as vítimas apontando suas armas em suas cabeças.*
>
> *Após, os acusados resolveram subtrair o veículo de propriedade das vítimas, ocasião em que, um dos acusados, por não conseguir soltar os freios de sua caminhonete, puxou a vítima José Antonio dos Santos pelos cabelos para que mostrasse como liberar os freios do veículo.*
>
> *Logo em seguida, os acusados empreenderam fuga com o veículo caminhonete Frontier, placas CYU 7403 de propriedade das vítimas, deixando as vítimas amarradas e restringidas de suas liberdades físicas, subtraindo, ainda, um aparelho de celular marca MOX, cor preta e vermelha, com chip da operadora TIM.*

> *Cerca de quarenta minutos após a fuga dos acusados, as vítimas conseguiram se soltar das amarras, oportunidade em que comunicaram a autoridade policial à prática do delito.*
>
> *Os acusados foram presos em flagrante delito por policiais rodoviários no distrito de Amandina, comarca de Ivinhema/MS.*
>
> *O veículo subtraído estava sento transportado pelos acusados até o Paraguai para venda.*
>
> *Ante o exposto, denuncio Uillians Rogério Dos Santos e Bruce Willis Prado Dos Santos, como incursos no artigo 157, § 2º, incisos I, II, IV e V, do Código Penal, (...)*

Finda a instrução, sobreveio a sentença que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, impondo a Uillians Rogério dos Santos, a pena privativa de liberdade de 07 (sete) anos e 6 (seis) de reclusão cada, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, no valor de 1/30 do salário-mínimo cada, e Bruce Willis Prado dos Santos, a pena privativa de liberdade de 06 anos de reclusão cada, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 15 dias-multa, no valor de 1/30 do salário-mínimo cada, pela prática do fato tipificado no art. 157, § 2º, inciso I, II, IV e V do Código Penal.

Irresignados, os apelantes interpõem o presente recurso, pleiteando:

O apelante Bruce Willis Prado dos Santos, pede a reforma da decisão, absolvendo-o por falta de provas da autoria, subsidiariamente pede a desclassificando para o crime de receptação; ainda, pede o afastamento das causas de aumento de pena (f. 457-471).

O apelante Uillians Rogério dos Santos, pede a reforma da decisão, desclassificando para o crime de receptação; subsidiariamente, pede a redução da pena-base ao mínimo legal; redução do *quantum* aplicado nas causas de aumento de pena; aplicação de um regime menos gravoso para o cumprimento inicial de pena, (f. 479-485).

Do pedido de absolvição de Bruce Willis Prado dos Santos e do pedido de desclassificação de Bruce Willis Prado dos Santos e de Uillians Rogério dos Santos.

Analisa-se em conjunto as duas teses, pois demandam análise dos mesmos elementos de prova.

A materialidade restou comprovada segundo Auto de Prisão em Flagrante (f. 06-09), Boletim de Ocorrência (f. 43-47), Autos de Apreensão (f. 48-53).

Em que pese a negativa de autoria do apelante Bruce, essa restou comprovada nos autos, especialmente pelas declarações prestadas pelas vítimas, Auto de Reconhecimento Fotográfico Positivo (f. 78) e depoimentos judiciais das testemunhas policiais, como se analisa a seguir.

No depoimento judicial, a vítima José Antônio dos Santos (f. 270-271), afirma:

> *Escutou um barulho, mas pensou que era o vento, quando se virou para olhar viu que eram dois homens encapuzados, armados, que forçaram a porta; que o amarraram e a sua mulher, lhes ameaçando de morte caso não entregasse as armas; que durante o tempo que ficaram na casa das vítimas, os homens comeram, beberam e um deles bateu na vítima, perguntando sobre as armas; eles tentaram sair com a camioneta, mas não conseguiram, pediram para a vítima ensinar como sair com a camioneta, que quando a vítima os ensinou, eles saíram com a camioneta; a vítima conseguiu se soltar, e na rua encontrou uma pessoa que lhe emprestou o celular para telefonar para a polícia; que quanto estava prestando queixa foi informado que o veículo foi interceptado pela polícia*

na cidade de Amandina, 02:30 hrs após o roubo; não pode afirmar que são os acusados quem efetuaram o roubo, pois estavam encapuzados, mas o veículo foi encontrado com os acusados que estavam com o celular da vítima.

No depoimento judicial da vítima Elza Gislaine Alves Basaglia (f. 270-271), afirma:

Era por volta de 12:30 hrs quando ouviu a porta estourar, na qual, entraram dois homens encapuzados gritando; um deles foi em sua direção, colocou a arma em sua nuca, pois estava deitada de bruços, e ele mandou que continuasse assim e não virasse a cabeça, amarrando-a e pedindo por armas e dinheiro; o outro foi amarrar o José Atonio, batendo no mesmo, pedindo dinheiro e arma; posteriormente, eles beberam e comeram, então José Antônio falou que a única coisa de valor que tinham era a camioneta que eles podiam levar; os homens falaram que não vieram pela camioneta, momento em que a vítima pensou que eles matariam os dois; então eles tentaram sair com a camioneta mas não conseguiram, assim, voltaram, batendo muito em José Antônio, e a perguntar como fazia para sair com a caminhoneta, pelo que o José Antônio falou que era o freio de mão que estava puxado; então eles amarraram as duas vítimas juntas, falando que dariam uma volta e voltariam posteriormente, momento em que saíram com a caminhoneta; as vítimas se soltaram e foram para a delegacia, quando souberam que apreenderam a caminhonete em Ivinhema; bem como, o celular ficou para perícia (...).

No depoimento judicial, a testemunha Leandro dos Santos Silva (f. 270-271), afirma:

Que estava trabalhando no posto de gasolina, quando a camionete do "Pelé"(cliente do posto) passou para abastecer, por volta de 01:30 a 02:00 hrs da manhã; afirma que se lembra de uma pessoa que estava na caminhoneta, reconhecendo uma semelhança de Bruce Willis com a pessoa que estava na caminhoneta, pois ele desceu para abrir o tanque, mas não conseguiu, abastecendo 100 reais, como se fosse um cliente normal, não viu outras pessoas dentro na caminhoneta; posteriormente, seu patrão perguntou se a caminhoneta passou para abastecer, pelo que respondeu que sim, então foi informado que a caminhoneta foi roubada.

No depoimento judicial da testemunha José Carlos da Silva Cesznek (f. 270-271), afirma:

Que estava de plantão quando as vítimas compareceram a delegacia informando que os indivíduos invadiram sua casa, amarrando-os e roubaram a caminhoneta e um celular; que conseguiram se desamarrar e compareceram a delegacia; então, transmitiu os fatos as demais policias, pelo que a caminhonete foi apreendida pela Polícia Rodoviária Estadual de Amandina algumas horas depois;

No depoimento judicial da testemunha Edson Teixeira Ribeiro (f. 270-271), afirma:

Que estava de plantão na base operacional de Amandina, quando recebeu a ligação a respeito da ocorrência, momento em que passaram a monitorar com os dados do veículo, e aproximadamente 40 minutos após a informação a caminhoneta passou pela base; então fizeram a apreensão dela e dos condutores, que eram Bruce Willis e Uillians; que lhe informaram que um amigo pediu para levar a caminhoneta para Ponta Porã; encontraram o celular da vítima no bolso da Uillians e um mapa com informações de como chegar a Ponta Porã que estava com um dos réus, feito nas costas de uma intimação do fórum;

No interrogatório judicial de Bruce Willis Prado dos Santos (f. 270-271), afirma:

Afirma que foi contratado por Roni para levar a caminhoneta para Ponta Porã, e deixá-la em frente ao Shopping China; foi contatado, pois tinha documentação, então

> *recebeu a caminhoneta (Frontier Prata) em frente a madeireira em frente ao Posto de Gasolina, onde ele e Roni que fizeram um mapa e foi liberado para viajar, e foram parados no posto policial de Amandina; não sabia que era produto de furto, pensava que era "BO" de documento; quem entregou o veículo era o Roni e o "Cabação"; receberia R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais); nunca esteve pessoalmente com Roni e sabe que ele mora em Presidente Epitácio; não sabe como Roni sabia de seu contato, não sabe seu telefone e o dinheiro seria depositado em sua conta;*

No interrogatório judicial de Uillians Rogério dos Santos (f. 270-271), afirma:

> *Que foram abordados por policiais em Amandina, e o Bruce estava dirigindo; estavam levando o veículo para o Paraguai, a pedido de Roni e "Cabação", que lhe telefonou no dia anterior; aceitou a proposta, mas não sabia que a camioneta era roubada, apenas tinha problemas, sendo que receberia R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais); não conhecia Roni e não sabe como ele arrumou seu contato; não participou do roubo; pegou a caminhonete em frente a madeireira ao lado do posto; o depoimento extrajudicial é diferente, pois foi torturado para falar aquilo; quando chegou no posto o Roni estava lá com Bruce, mas não sabia que ele participaria;*

Segundo se observa das declarações prestadas pelas vítimas em juízo, estas afirmam que sua residência foi invadida por dois homens encapuzados, que as fizeram reféns, inclusive agredindo a vítima José Antônio, que exigiam das vítimas armas e dinheiro, no entanto, não encontrando as referidas armas e dinheiro, resolveram levar o veículo das vítimas, bem como o aparelho celular.

Quando as vítimas conseguiram se soltar foram à delegacia da polícia civil, onde noticiaram o roubo, e foi informado o roubo à polícia rodoviária federal, estadual, etc, sendo que algumas horas depois a polícia rodoviária estadual encontrou o veículo com as mesmas características, que seguia em direção ao Paraguai, onde seguiam o apelante e seu comparsa, e encontraram o celular da vítima em sua posse.

O apelante e seu comparsa, em seus depoimentos, contam uma versão de que foram contratados por "Roni" e "Cabeção" para levar o veículo ao Paraguai, e que ambos receberiam R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) pelo serviço.

É certo que ambos os apelantes não foram reconhecidos pelas vítimas, por terem agido encapuzados, porém foram encontrados na posse do celular de uma das vítimas, além do próprio veículo roubado, e isto pouco tempo após o roubo ter ocorrido, o que indica serem eles os autores.

Ademais, sua versão de defesa não se sustenta com nenhum indício, visto que, ao serem perguntados de onde conheciam e como foram encontrados por "Rone e Cabeção", não souberam explicar, e nada informaram sobre tais pessoas, nem nomes completos nem endereços nem dados de identificação, enfim, a afirmação dos apelantes no sentido de que foram contratados por Rone e "Cabeção", não é crível, tanto mais porque o Relatório (f. 75) elaborado pelo Investigador de Polícia Elcio Alves Costa conclui que esses supostos indivíduos não existem.

Revelou-se tal versão dos réus uma estratégia de defesa de apontar nomes ou pessoas fictícias apenas para se eximirem da responsabilidade, e para assim concluir e jogar uma pá de cal neste ponto, vale refletir com um pouco mais de detalhe sobre as versões dos apelantes.

Veja-se que Bruce Willis, em fase inquisitorial (f. 36-38) aduziu que recebeu a proposta de Rone para levar o veículo até o Paraguai pelo valor de R$ 2.500,00, porém não sabia que se tratava de objeto de roubo. Afirmou ainda que fez o mapa de própio punho.

Em juízo (f. 270 - 271), narrou que foi contratado por Rone, sendo que este teria entrado em contato com o depoente um dia antes do roubo para saber se a documentação do mesmo estava em dia para levar o veículo, que a entrega da camionete foi feita em frente à madeireira do baiano, e que o valor negociado pelo serviço seria de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Disse que não conhecia o Rone, que não sabe como localiza-lo e que não sabe quem passou seu número de telefone para ele.

Já o apelante Uillians Rogério dos Santos , ouvido em sede inquisitiva (f. 27- 29), disse que foi contratado por dois indivíduos, conhecidos como Rone e "Cabeção", para levar a camionete roubada para o Paraguay, sendo R$ 5.000,00 (cinco mil reais) o valor acordado pela prestação do serviço. Afirma que só aceitou a proposta porque foi ameaçado pelos mesmos, mas não soube informar o telefone, nem o endereço dos ditos contratantes.

Relatou que "(...) *Rone e "Cabeção" disseram ao interrogado e ao Bruce Wilis para que fossem até um posto de gasolina, conhecido por posto 22, na entrada da cidade de Bataguassu/MS, às margens da rodovia BR 267; Que Rone e "Cabeção" disseram para aguardar que iriam subtrair a camionete e retornariam; Que cerca de trinta minutos depois, Rone e "Cabeção" chegaram ao local combinado e entregaram a camionete ao interrogado e ao seu comparsa Brunce Willis* (...)".

Informou, ainda, que Bruce teria elaborado um mapa indicando a rota que deveriam seguir até Pedro Juan Caballero.

Em fase judicial (f. 270- 271), o mesmo réu se contradiz diz que pegou a camionete em frente à madeireira do Baiano, que o valor acordado com os verdadeiros responsáveis pelo roubo seria de R$ 2.500,00 e que Rone teria participado da elaboração do mapa encontrado com os apelantes.

Resumindo, no depoimento policial foi declinado por Uillians que ele e o corréu Bruce ficaram esperando no posto de gasolina pelos supostos autores do roubo até que o roubo fosse praticado, e depois a caminhonete lhe fora entregue no posto de gasolina 22, quando ouvidos em juízo, os ora apelantes declinaram que teriam pegado a camionete em frente à madeireira do Baiano.

Porém o mais relevante é que a versão de Bruce está completamente dissociada da realidade dos fatos, pois, como acima exposto, não se confirma essa versão de que o assalto para subtrair o veículo fora planejado de véspera por terceiros, ao invés disso, ficou claro pelo depoimento das vítimas que os apelantes, no assalto, procuravam por armas e dinheiro, e só levaram o veículo caminhonete porque a vítima José informou que só possuíam esse bem de valor.

Ficou bem evidenciado que o roubo não tinha sido planejado para subtrair o veículo, mas sim bens de valor das vítimas, sendo que a caminhonete apenas foi roubada depois de os assaltantes verem que não havia armas ou outros bens de valor para subtrair.

Vale lembrar que a vítima José Antônio dos Santos (f. 270-271), afirmou que os assaltantes ameaçavam de morte caso não entregassem as armas e um deles bateu na vítima, perguntando sobre as armas. Já a vítima Elza Gislaine Alves Basaglia (f. 270-271), afirmou que um dos assaltantes colocou a arma em sua nuca, amarrou-a e pediu por armas e dinheiro, o outro foi amarrar o José Atonio, batendo no mesmo, pedindo dinheiro e arma, porém José Antônio falou que a única coisa de valor que tinham era a camioneta que eles podiam levar e então os homens falaram que não vieram pela camioneta, momento em que a vítima pensou que eles matariam os dois...

Ora, isso está em completa discrepância com a versão de defesa, de que supostos terceiros assaltantes planejaram o assalto um dia antes, e contataram Bruce um dia antes para saber se ele poderia dirigir o veículo que pretendiam roubar. Vale lembrar que, segundo Bruce, ele foi contratado por Rone, sendo que este teria entrado em contato com Bruce um dia antes do roubo para saber se a documentação do mesmo estava em dia para poder levar o veículo até o Paraguai, o mesmo disse em seu interrogatório judicial o apelante

Uillians Rogério dos Santos (f. 270-271), afirmou que *"foram abordados por policiais em Amandina, e o Bruce estava dirigindo; estavam levando o veículo para o Paraguai, a pedido de Roni e "Cabação", que lhe telefonou no dia anterior"*.

Ora o relato das vítimas mostra o contrário, que os assaltantes não tinham objetivo de roubar a caminhonete, mas sim armas e dinheiro, e acabaram levando o veículo porque não acharam o que pretendiam, então, não se sustenta a tese dos apelantes de que teriam sido previamente contratados (segundo Bruce, um dia antes do roubo) para depois transportarem o veículo roubado para o Paraguai, já que não houve tal planejamento direcionado a subtrair veículo, como evidencia o relato das vítimas.

Não há assim qualquer dúvida sobre a autoria do crime de roubo, que ficou seguramente demonstrada quanto aos dois apelantes, pelos depoimentos das vítimas e testemunhas, bem como pelo fato do veículo e do celular, produtos do crime, serem apreendidos na posse dos apelantes.

Logo, não há que se falar em insuficiência de provas, sendo incabível a absolvição pleiteada.

Também não merece guarida a tese desclassificatória defendida pelos apelantes, como já evidenciado pela fundamentação acima, à qual se aduzem mais alguns pontos.

Ficou demonstrada a presença de todos os elementos caracterizadores do tipo penal descrito no art. 157, do CP, visto que os apelantes foram flagrados com os produtos do roubo, ou seja, o veículo e o celular da vítima.

No depoimento de Leandro, que trabalha no posto de gasolina, o veículo chegou para abastecer e quem a dirigia era Bruce Willis, ainda, posteriormente reconheceu o veículo como sendo de um cliente do posto de gasolina (Pelé).

Conforme depoimento judicial da testemunha Leandro dos Santos Silva (f. 270-271), afirma:

> *Que estava trabalhando no posto de gasolina, quando a camionete do "Pelé"(cliente do posto) passou para abastecer, por volta de 01:30 a 02:00 hrs da manhã; afirma que se lembra de uma pessoa que estava na caminhoneta, reconhecendo uma semelhança de Bruce Willis com a pessoa que estava na caminhoneta, pois ele desceu para abrir o tanque, mas não conseguiu, abastecendo 100 reais, como se fosse um cliente normal, não viu outras pessoas dentro na caminhoneta; posteriormente, seu patrão perguntou se a caminhoneta passou para abastecer, pelo que respondeu que sim, então foi informado que a caminhoneta foi roubada.*

E depoimento judicial da testemunha Edson Teixeira Ribeiro (f. 270-271), afirma:

> *Que estava de plantão na base operacional de Amandina, quando recebeu a ligação a respeito da ocorrência, momento em que passaram a monitorar com os dados do veículo, e aproximadamente 40 minutos após a informação a caminhoneta passou pela base; então fizeram a apreensão dela e dos condutores, que eram Bruce Willis e Uillians; que lhe informaram que um amigo pediu para levar a caminhoneta para Ponta Porã; encontraram o celular da vítima no bolso da Uillians e um mapa com informações de como chegar a Ponta Porã que estava com um dos réus, feito nas costas de uma intimação do fórum;*

O policial afirma que ao apreender o veículo, quem estava no veículo eram Bruce Willis e Uillians, bem como, foi encontrado o celular da vítima no bolso de Uillians e um mapa feito à mão que mostrava o caminho até o Ponta Porã, divisa com o Paraguai.

No interrogatório judicial de Bruce Willis Prado dos Santos (f. 270-271), afirma:

> *Afirma que foi contratado por Roni para levar a caminhoneta para Ponta Porã, e deixá-la em frente ao Shopping China; foi contatado, pois tinha documentação, então recebeu a caminhoneta (Frontier Prata) em frente a madeireira em frente ao Posto de Gasolina, onde ele e Roni que fizeram um mapa e foi liberado para viajar, e foram parados no posto policial de Amandina; não sabia que era produto de furto, pensava que era "BO" de documento; quem entregou o veículo era o Roni e o "Cabação"; receberia R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais); nunca esteve pessoalmente com Roni e sabe que ele mora em Presidente Epitácio; não sabe como Roni sabia de seu contato, não sabe seu telefone e o dinheiro seria depositado em sua conta;*

No interrogatório judicial de Uillians Rogério dos Santos (f. 270-271), afirma:

> *Que foram abordados por policiais em Amandina, e o Bruce estava dirigindo; estavam levando o veículo para o Paraguai, a pedido de Roni e "Cabação", que lhe telefonou no dia anterior; aceitou a proposta, mas não sabia que a camioneta era roubada, apenas tinha problemas, sendo que receberia R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais); não conhecia Roni e não sabe como ele arrumou seu contato; não participou do roubo; pegou a caminhonete em frente a madeireira ao lado do posto; o depoimento extrajudicial é diferente, pois foi torturado para falar aquilo; quando chegou no posto o Roni estava lá com Bruce, mas não sabia que ele participaria;*

Os apelantes afirmam que receberam o veículo no posto de gasolina, afirmando que não sabia se tratar de produto de roubo, mas Uillians afirma que sabia que o veículo tinha problemas, no entanto, o "frentista" do posto de gasolina afirma que o veículo parou para abastecer, no qual, a pessoa que reconheceu como Bruce Willis desceu para abrir o tanque de combustível, mas não conseguiu, posteriormente seguiu viagem. O que comprova que os apelantes são de fato os autores do delito descrito na denúncia e não merece crédito sua versão de que receberam a o veículo, de "Roni e Cabeção" no posto de gasolina.

Ademais, como acima exposto em tópico anterior, não tem credibilidade e não teve comprovação a tese de defesa de que os apelantes foram contratados pelos supostos "verdadeiros" autores do delito, "Rone e Cabeção", para levar o veículo ao Paraguai, pelo que receberiam R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais cada), visto que referidas pessoas não foram encontradas (f. 75).

Ademais, a suposta contratação ocorrida na véspera do roubo está em dissonância com o depoimento das vítimas acima analisado, que demonstra enfaticamente que os assaltantes não cogitavam de início roubar a caminhonete, mas sim armas e dinheiro, sendo que o roubo da caminhonete ocorreu como ação alternativa ao objetivo inicial de roubar armas e dinheiro.

O tipo do art. 157, do CP caracteriza-se quando o agente emprega violência ou grave ameaça contra a pessoa, por qualquer meio, reduzindo à impossibilidade de resistência. A violência consiste no desenvolvimento da força física contra a vítima impedindo-a de oferecer resistência. Já a ameaça é a promessa da prática de um mal a alguém de forma a intimidá-la perturbando-lhe a liberdade psíquica. As duas foram empregues neste roubo.

No depoimento judicial, a vítima José Antônio dos Santos (f. 270-271), afirma:

> *Escutou um barulho, mas pesou que era o vento, quando se virou para olhar, viu que eram dois homens encapuzados, armados, que forçaram a porta; que o amarraram e a sua mulher, lhes ameaçando de morte caso não entregasse as armas; que durante o tempo que ficaram na casa das vítimas, os homens comeram, beberam e um deles bateu na vítima, perguntando sobre as armas; eles tentaram sair com a camioneta, mas não conseguiram, pediram para a vítima ensinar como sair com a camioneta, que quando a vítima os ensinou, eles saíram com a camioneta; a vítima conseguiu se soltar, e na rua*

encontrou uma pessoa que lhe emprestou o celular para telefonar para a polícia; que quanto estava prestando queixa foi informado que o veículo foi interceptado pela polícia na cidade de Amandina, 02:30 hrs após o roubo; não pode afirmar que são os acusados quem efetuaram o roubo, pois estavam encapuzados, mas o veículo foi encontrado com os acusados que estavam com o celular da vítima.

No depoimento judicial da vítima Elza Gislaine Alves Basaglia (f. 270-271), afirma:

Era por volta de 12:30 hrs quando ouviu a porta estourar, na qual, entraram dois homens encapuzados gritando; um deles foi em sua direção, colocou a arma em sua nuca, pois estava deitada de bruços, e ele mandou que continuasse assim e não virasse a cabeça, amarrando-a e pedindo por armas e dinheiro; o outro foi amarrar o José Atonio, batendo no mesmo, pedindo dinheiro e arma; posteriormente, eles beberam e comeram, então José Antônio falou que a única coisa de valor que tinham era a camioneta que eles podiam levar; os homens falaram que não vieram pela camioneta, momento em que a vítima pensou que eles matariam os dois; então eles tentaram sair com a camioneta mas não conseguiram, assim, voltaram, batendo muito em José Antônio, e a perguntar como fazia para sair com a caminhoneta, pelo que o José Antônio falou que era o freio de mão que estava puxado; então eles amarraram as duas vítimas juntas, falando que dariam uma volta e voltariam posteriormente, momento em que saíram com a caminhoneta; as vítimas se soltaram e foram para a delegacia, quando souberam que apreenderam a caminhonete em Ivinhema; bem como, o celular ficou para perícia, não tem como afirmar se os acusados foram as pessoas que lhe renderam.

Assim, além da grave ameaça empreendida com o uso ostensivo de arma de fogo contra as vítimas, que eram ameaçadas de morte com a arma apontada para a nuca de Elza Gislaine, também restou caracterizada a violência física, pois a vítima José Antônio foi agredido com chutes que lhe causaram lesões descritas nos depoimentos.

Portanto, demonstrado o emprego de violência física e grave ameaça contra as vítimas, configurado está o crime de roubo, praticado por ambos os apelantes, devendo manter-se o decreto condenatório proclamado na sentença.

Do pedido de afastamento das causas de aumento da pena de Bruce Willis Prado dos Santos (emprego de arma, concurso de agentes e restrição da liberdade das vítimas)

A sentença condenatória (f. 368-388), aumentou a pena da seguinte forma:

(...) Na terceira fase, estão presentes as causas especiais de aumento de pena prevista no § 2º, inciso I, II, IV e V do art. 157, do mesmo diploma legal, motivo pelo qual exaspero a pena em mais 1/2, ou seja mais 02 anos de reclusão e 05 dias-multa. Atento ao enunciado 443 da súmula da jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça, esclareço que o aumento levou em consideração a quantidade de majorantes (quatro) e a intensidade com que cada uma delas se manifestou. Nisso, destaca-se que mais de uma arma foi empregada, quando para a configuração de uma e outra majorantes, bastaria uma arma de fogo e dois assaltantes. Ademais, foi o veículo subtraído e levado para o Paraguai somente não atingindo o citado país por circunstâncias alheias a vontade dos agentes, assim como foram duas as vítimas que tiveram suas liberdades restringidas, incluindo-se, tornando-a definitiva em 06 anos de reclusão; e a pena pecuniária em 15 dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à data do fato e corrigido monetariamente à data do efetivo pagamento.(...)

Aduz o apelante que deveriam ser afastadas as causas de aumento de pena, por não terem sido comprovadas. Segundo ele, não foi comprovado o emprego de arma de fogo, a arma de fogo não foi

apreendida para perícia. Segundo ele, não foi comprovado o concurso de agentes, nem o transporte do veículo para o exterior, ou a restrição da liberdade das vítimas.

Porém, não há como acolher o pedido, visto que as vítimas, José Antônio e Elza, contam versões similares de que dois homens armados invadiram sua residência e os amarraram, pedindo por armas e dinheiro, não encontrando isto, decidiram levar o veículo do casal, relataram que permaneceram amarrados e que só após os assaltantes saírem é que as vítimas se desamarraram e foram à polícia.

No depoimento judicial, a vítima José Antônio dos Santos (f. 270-271), afirma:

> *Escutou um barulho, mas pesou que era o vento, quando se virou para olhar viu que eram dois homens encapuzados, armados, que forçaram a porta; que o amarraram e a sua mulher, lhes ameaçando de morte caso não entregasse as armas; que durante o tempo que ficaram na casa das vítimas, os homens comeram, beberam e um deles bateu na vítima, perguntando sobre as armas; eles tentaram sair com a camioneta, mas não conseguiram, pediram para a vítima ensinar como sair com a camioneta, que quando a vítima os ensinou, eles saíram com a camioneta; a vítima conseguiu se soltar, e na rua encontrou uma pessoa que lhe emprestou o celular para telefonar para a polícia; que quanto estava prestando queixa foi informado que o veículo foi interceptado pela polícia na cidade de Amandina, 02:30 hrs após o roubo; não pode afirmar que são os acusados quem efetuaram o roubo, pois estavam encapuzados, mas o veículo foi encontrado com os acusados que estavam com o celular da vítima.*

No depoimento judicial da vítima Elza Gislaine Alves Basaglia (f. 270-271), afirma:

> *Era por volta de 12:30 hrs quando ouviu a porta estourar, na qual, entraram dois homens encapuzados gritando; um deles foi em sua direção, colocou a arma em sua nuca, pois estava deitada de bruços, e ele mandou que continuasse assim e não virasse a cabeça, amarrando-a e pedindo por armas e dinheiro; o outro foi amarrar o José Atonio, batendo no mesmo, pedindo dinheiro e arma; posteriormente, eles beberam e comeram, então José Antônio falou que a única coisa de valor que tinham era a camioneta que eles podiam levar; os homens falaram que não vieram pela camioneta, momento em que a vítima pensou que eles matariam os dois; então eles tentaram sair com a camioneta mas não conseguiram, assim, voltaram, batendo muito em José Antônio, e a perguntar como fazia para sair com a caminhoneta, pelo que o José Antônio falou que era o freio de mão que estava puxado; então eles amarraram as duas vítimas juntas, falando que dariam uma volta e voltariam posteriormente, momento em que saíram com a caminhoneta; as vítimas se soltaram e foram para a delegacia, quando souberam que apreenderam a caminhonete em Ivinhema; bem como, o celular ficou para perícia, não tem como afirmar se os acusados foram as pessoas que lhe renderam.*

Assim, restou provado nos autos que o apelante realmente praticou a subtração mediante violência e grave ameaça, com emprego de arma de fogo, ainda que não tenha havido a apreensão desta.

A jurisprudência entende pela desnecessidade de apreensão e perícia da arma, se há prova de sua utilização no crime:

> *APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DEFENSIVO - ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS - ABSOLVIÇÃO - INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - RECONHECIMENTO DAS VÍTIMAS - DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO - GRAVE AMEAÇA COM EMPREGO DE ARMA - IMPOSSIBILIDADE - AFASTAMENTO DAS MAJORANTES DO EMPREGO DE ARMA E DO CONCURSO DE AGENTES - IMPOSSIBILIDADE - REDUÇÃO DA PENA-BASE - CIRCUNSTÂNCIAS VALORADAS INIDONEAMENTE - AFASTAMENTO*

DA REINCIDÊNCIA - PREPONDERÂNCIA DA CONFISSÃO SOBRE A REINCIDÊNCIA - CIRCUNTÂNCIAS IGUALMENTE PREPONDERANTES - REDUÇÃO DO QUANTUM DAS MAJORANTES - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PELO MAGISTRADO - ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DE PENA - PARCIAL PROVIMENTO. Mantém-se o édito condenatório quando a vítima e a testemunha presencial são firmes no reconhecimento do apelante. Inviável a desclassificação para o crime de furto, pois a abordagem das vítimas com arma em punho já caracteriza a elementar da grave ameaça. O depoimento testemunhal e as declarações da vítima atestando que um dos agentes empunhava arma de fogo são suficientes para fazer incidir a majorante relativa ao emprego de arma quando esta não foi apreendida, suprindo a necessidade de eventual perícia. Inviável a exclusão da majorante relativa ao concurso de pessoas quando a vítima atesta que o apelante estava com mais uma pessoa e o apelante inclusive confessa ter agido com um comparsa. Reduz-se a pena-base quando algumas das circunstâncias judiciais foram valoradas inidoneamente. Desnecessária certidão de objeto e pé para reconhecimento da reincidência, sendo suficiente certidão de antecedentes criminais. A Terceira Seção do STJ, após o julgamento do EREsp nº 1.154752/RS, consolidou o entendimento de que não existe preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do art. 67 do Código Penal, pelo que é cabível a compensação dessas circunstâncias. O simples número de causas de aumento (critério quantitativo), é insuficiente para majorar a pena acima do patamar mínimo de 1/3 (um terço), posto que necessário fundamentação concreta em relação a cada uma delas. O regime inicial de cumprimento de pena permanece fechado, nos termos do art. 33,§ 2º, b, do CP. (TJ-MS - APL: 00285366220108120001 MS 0028536-62.2010.8.12.0001, Relator: Des. Romero Osme Dias Lopes, Data de Julgamento: 16/09/2013, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/12/2013)

E M E N T A-APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA - DOIS APELANTES - ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO - PENA-BASE REDUZIDA - COMPENSAÇÃO ENTRE ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA - POSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA DA QUALIFICADORA DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO - DEPOIMENTO DA VÍTIMA - PRESCINDIBILIDADE DA APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA - QUALIFICADORA DO CONCURSO DE AGENTES - MANTIDA - PATAMAR DE AUMENTO ALTERADO PARA 1/3 - DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA FURTO - PEDIDO NEGADO - PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA NÃO CONFIGURADA - REGIME FECHADO AO RÉU REINCIDENTE E SEMIABERTO AO PRIMÁRIO - RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. Pena-base fixada no mínimo apenas a um dos réus, ante o afastamento das moduladoras da personalidade e da conduta social, pois no caso em tela, não há elementos idôneos para considerá-las como negativas. Ao outro réu, a pena-base foi reduzida em razão do expurgo apenas da personalidade, porquanto também não há elementos idôneos para negativá-la, sendo-lhe desfavorável a conduta social, pois corretamente valorada pelo magistrado singular na análise do caso concreto. 2. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EResp 1.154.752/RS, fixou o entendimento de que é possível compensação e agravante de reincidência com atenuante da confissão espontânea por serem igualmente preponderantes. A decisão unifica a posição da Corte Superior sobre o tema. Portanto, não é possível valorar de forma diversa a atenuante de confissão espontânea com a agravante de reincidência, levando em consideração o peso de cada uma. 3. A apreensão da arma e realização de perícia para atestar sua potencialidade lesiva são dispensadas quando a prova testemunhal confirma utilização do artefato. No caso em tela a vítima narrou em seus depoimentos de forma segura e com clareza o emprego de arma de fogo. Quanto à causa de aumento pelo concurso de pessoas também está devidamente comprovada pela confissão do corréu ao delatar a participação do acusado. 4. O que legitima a majoração da reprimenda acima do patamar mínimo não é a quantidade das causas de aumento de pena e sim a motivação do decisum. Na hipótese, a reprimenda deve ser elevada no patamar mínimo de 1/3, ante a

> *ausência de elementos para fixação de fração mais gravosa. 5. Inviável a desclassificação do delito de roubo para o de furto simples, pois o uso de de arma de fogo caracteriza grave ameaça, impingindo temor de mal injusto a vítima é suficiente para a consumação do delito. 6. A conduta cometida pelo recorrente restou devidamente consubstanciada dos autos, bem como a sua participação no crime perpetrado foi de grande importância para a consumação do delito, razão pela qual não pode ser a ele aplicada a causa de diminuição de pena do art. 29, § 1º, do Código Penal. 7. Regime inicial semiaberto ao recorrente primário, em razão do quantum da pena, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal e inicialmente fechado ao corréu-apelante, considerando sua reincidência somada ao quantum do apenamento. Em parte com o parecer, recursos parcialmente providos para ao réu Anderson: reduzir a pena-base, compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência e reduzir o patamar de aumento na terceira fase da dosimetria e ao réu Leandro: fixar a pena-base no mínimo legal, reduzir o patamar de aumento na terceira fase da dosimetria e alterar o regime prisional para o semiaberto.* (TJ-MS - APL: 00066056320118120002 MS 0006605-63.2011.8.12.0002, Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos, Data de Julgamento: 14/04/2014, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 24/04/2014)

Também a prova exaustivamente analisada acima confirma de forma inequívoca o concurso de agentes e a restrição da liberdade das vítimas, que devem assim ser mantidas.

> *APELAÇÃO - PENAL - ROUBO CIRCUNSTANCIADO - PEDIDO DE ABRANDAMENTO DA PENA-BASE - IMPOSSIBILIDADE - CONCURSO FORMAL - EXASPERAÇÃO NA METADE - PROCEDÊNCIA - AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 157, § 2º, V, DO CÓDIGO PENAL - IRRELEVÂNCIA DO LAPSO TEMPORAL EM QUE AS VÍTIMAS PERMANECEM COM SUAS LIBERDADES RESTRITAS - USO DE ARMA DE FOGO, CONCURSO DE AGENTES E RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA - MAIOR REPROVAÇÃO - NÃO PROVIMENTO.' (*Relator(a): Des. Carlos Eduardo Contar; Comarca: Agua Clara; Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal; Data do julgamento: 10/01/2011; Data de registro: 20/01/2011)

Do pedido de afastamento da causa de aumento da pena de Bruce Willis Prado dos Santos relativa ao transporte do veículo para o exterior

Quanto a esta majorante, necessário deferir o pedido de sua exclusão, porque o resultado pretendido (levar o veículo ao Paraguai) não se concretizou.

Os próprios apelantes, Bruce Willis e Uillians, confirmam que levariam o veículo a Ponta Porã, divisa com o Paraguai, onde o deixariam em frente ao Shopping China e inclusive foram apreendidos com um mapa com instruções de como chegar ao Paraguai, conforme relatou o Policial Rodoviário Estadual Edson Teixeira Ribeiro.

No depoimento judicial da testemunha Edson Teixeira Ribeiro (f. 270-271), afirma:

> *Que estava de plantão na base operacional de Amandina, quando recebeu a ligação a respeito da ocorrência, momento em que passaram a monitorar com os dados do veículo, e aproximadamente 40 minutos após a informação a caminhoneta passou pela base; então fizeram a apreensão dela e dos condutores, que eram Bruce Willis e Uillians; que lhe informaram que um amigo pediu para levar a caminhoneta para Ponta Porã; encontraram o celular da vítima no bolso da Uillians e um mapa com informações de como chegar a Ponta Porã que estava com um dos réus, feito nas costas de uma intimação do fórum;*

No interrogatório judicial de Bruce Willis Prado dos Santos (f. 270-271), afirma:

> *Afirma que foi contratado por Roni para levar a caminhoneta para Ponta Porã, e deixá-la em frente ao Shopping China; foi contatado, pois tinha documentação, então recebeu a caminhoneta (Frontier Prata) em frente a madeireira em frente ao Posto de Gasolina, onde ele e Roni que fizeram um mapa e foi liberado para viajar, e foram parados no posto policial de Amandina; não sabia que era produto de furto, pensava que era "BO" de documento; quem entregou o veículo era o Roni e o "Cabação"; receberia R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais); nunca esteve pessoalmente com Roni e sabe que ele mora em Presidente Epitácio; não sabe como Roni sabia de seu contato, não sabe seu telefone e o dinheiro seria depositado em sua conta;*

No interrogatório judicial de Uillians Rogério dos Santos (f. 270-271), afirma:

> *Que foram abordados por policiais em Amandina, e o Bruce estava dirigindo; estavam levando o veículo para o Paraguai, a pedido de Roni e "Cabação", que lhe telefonou no dia anterior; aceitou a proposta, mas não sabia que a camioneta era roubada, apenas tinha problemas, sendo que receberia R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais); não conhecia Roni e não sabe como ele arrumou seu contato; não participou do roubo; pegou a caminhonete em frente a madeireira ao lado do posto; o depoimento extrajudicial é diferente, pois foi torturado para falar aquilo; quando chegou no posto o Roni estava lá com Bruce, mas não sabia que ele participaria;*

Ocorre que a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, IV, do Código Penal exige, necessariamente, a efetiva transposição das divisas estaduais ou internacionais.

O inciso IV, do § 2º, do art. 157, do Código Penal, diz que a incidência da majorante ocorre quando o *"veículo automotor venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior*."

Portanto, no caso do roubo, a causa de aumento referida opera-se com o efetivo transporte do veículo a outra Unidade Federal ou para o exterior.

E, no presente caso, embora a intenção fosse transportar o veículo roubado para o exterior, não houve a efetiva transposição da divisa internacional, tendo em vista que os agentes, que pretendiam levar o bem ao Paraguai, foram presos antes, quando ainda viajavam com rumo a Ponta Porã/MS. Não houve, portanto, a transposição de divisas, razão pela qual não é o caso da incidência da majorante do inciso IV, do § 2º, do art. 157, do Código Penal.

É a lição de Cleber Masson que comenta: "*a causa de aumento de pena somente terá incidência prática quando o veículo automotor efetivamente for transportado para outro Estado ou para o exterior*"(Código penal comentado. 2013, p. 624).

Exige-se o transporte para outro Estado ou outro País, diverso daquele onde ocorrer a subtração, é necessária a ultrapassagem da fronteira terrestre, aquática ou aérea.

Nesse sentido, decisão do TJMS:

> *EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO CIRCUNSTANCIADO – AFASTAMENTO DAS MAJORANTES PREVISTAS NO ART. 157, § 2º, I, IV E V, DO CÓDIGO PENAL – PARCIAL ACOLHIMENTO – REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO PELA INCIDÊNCIA DAS MAJORANTES – INVIABILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*
>
> *1. A previsão legal de aumento da pena não é restrita apenas quando houve o emprego de arma de fogo, englobando também os casos em que a arma, embora não seja de fogo, tenha indiscutível potencial lesivo.*

> *2. A incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, IV, do Código Penal exige, necessariamente, a efetiva transposição das dividas estaduais ou internacionais, não sendo suficiente, para tanto, a mera intenção do agente em transpô-la.*
>
> *3. Tendo sido restrita a liberdade da vítima, por considerável período de tempo, superior àquele necessário à mera subtração do bem, torna-se legal a incidência da majorante prevista no art. 157, § 2º, V, do Código Penal.*
>
> *4. É lícito ao juiz a fixação do patamar de aumento da pena acima do mínimo legal na terceira fase da dosimetria do crime de roubo, devendo o fazer de forma fundamentada e com respaldo nos elementos fáticos existentes no caso concreto, que tornam de maior reprovabilidade a conduta criminosa do agente.* (TJMS, acórdão de 5 de setembro de 2016 da 2ª Câmara Criminal Apelação - Nº 0007210-44.2014.8.12.0021 - Três Lagoas, Relator Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques).

O mesmo em outros tribunais:

> *APELAÇÃO - FURTO - VEÍCULO AUTOMOTOR - TRANSPORTE PARA OUTRO ESTADO - PROVAS - EXISTÊNCIA - INTELIGÊNCIA ARTIGO 155, § 5º, DO CÓDIGO PENAL. De rigor o reconhecimento do crime e aplicação da pena mais grave, quando provada a subtração de veículo automotor e o transporte para outro Estado.* (TJ-SP - APL: 993060572628 SP, Relator: Willian Campos, Data de Julgamento: 11/05/2010, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 25/05/2010)
>
> *APELAÇÃO CRIMINAL - PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA - ROUBO DE VEÍCULO AUTOMOTOR TRANSPORTADO PARA OUTRO ESTADO E ROUBO SIMPLES, EM CONCURSO FORMAL - CONSUMAÇÃO DO ROUBO SIMPLES - IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA. 1. REJEITA-SE A PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA, SE VERIFICADO QUE TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (CP 59) FORAM DEVIDAMENTE VALORADAS PELO MM. JUIZ DE 1º GRAU NA PRIMEIRA FASE DE FIXAÇÃO DA PENA. 2. PARA A CONSUMAÇÃO DO CRIME DE ROUBO NÃO É NECESSÁRIO QUE O AGENTE TENHA A POSSE MANSA E TRANQÜILA DA RES FURTIVA, BASTANDO, PARA TANTO, QUE CESSADA A VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA, O AGENTE TENHA SE APODERADO DO BEM, AINDA QUE MOMENTANEAMENTE, MESMO QUE O BEM NÃO TENHA SAÍDO DA ESFERA DE VIGILÂNCIA DA VÍTIMA. 3. MANTÉM-SE A CAUSA DE AUMENTO RELATIVA AO TRANSPORTE DA RES FURTIVA PARA OUTRO ESTADO (CP 157 § 2º IV), SE COMPROVADO PELO AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO E PELA PROVA ORAL COLHIDA QUE O VEÍCULO ROUBADO FOI TRANSPORTADO DO DISTRITO FEDERAL PARA CIDADE OCIDENTAL, NO ESTADO DE GOIÁS. 4. NEGOU-SE PROVIMENTO AO APELO.* (TJ-DF - APR: 172585420058070009 DF 0017258-54.2005.807.0009, Relator: Sérgio Rocha, Data de Julgamento: 30/08/2007, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 07/11/2007, DJU Pág. 126 Seção: 3)

Assim, acolhe-se a pretensão recursal nesse ponto, estendendo-se tal entendimento ao corréu.

Do pedido de redução da pena-base de Uillians Rogério dos Santos.

Ao fixar a pena-base do apelante acima do mínimo legal, o magistrado *a quo*, considerou desfavoráveis as circunstâncias judiciais dos antecedentes e da personalidade, ponderando que (f. 165/169):

> *"(...) Do acusado Uillians Rogério dos Santos.*
>
> *O crime possui pena abstrata de reclusão de 04 a 10 anos e multa.*
>
> *Passo a dosar a pena nos termos dos artigos 59 e 68, ambos do CP.*

> *No atinente a culpabilidade, está foi normal, nada tendo a valorar, não há nos autos qualquer evidência de necessidade de exasperação da pena-base pela conduta do réu neste ponto. Sua culpabilidade foi própria do tipo e sem relevância suficiente a justificar o aumento das penas.*
>
> *O réu ostenta maus antecedentes, conforme documentos de f.363, em que consta condenação criminal transitada em julgado no dia 31/07/2013, incurso nas penas do artigo 155, "caput", do CP. Demais disso, eventual cometimento de ato infracional não se presta à configuração de maus antecedentes.*
>
> *A personalidade, o caráter do réu é de pessoa agressiva, violenta, insensível, o que se denota pelos inúmeros feitos criminais a que responde, em regra, contra as pessoas, a vida e a integridade física, os quais embora não possam ser considerados para fins de maus antecedentes (s.444 STJ), desvalorizam sua índole. Não foram coletados maiores elementos acerca da conduta social do acusado.*
>
> *Os motivos do crime é o lucro fácil, próprio do tipo, as circunstâncias são normais à espécie e sem relevância para justificar o aumento da pena. As consequências do crime são as normais à espécie, próprias do tipo e já serviram para a tipificação da conduta e, por fim, o comportamento da vítima, em nada contribuiu.*
>
> *Considerando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do estatuto repressivo fixo a pena base do crime acima do mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, em razão das duas circunstâncias judiciais desfavoráveis.(...)".*

As sanções devem ser personalizadas e particularizadas de acordo com a natureza e as circunstâncias dos delitos e à luz das características pessoais do infrator.

No processo de individualização da pena, o juiz analisa o disposto nos artigos 59 ao 68, todos do CP, sendo vedado qualquer tipo de padronização.

Avaliando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, não podem subsistir algumas das moduladoras tidas como desfavoráveis. Explico:

Antecedentes: O sentenciante apontou que "*conforme documentos de f.363, em que consta condenação criminal transitada em julgado no dia 31/07/2013, incurso nas penas do artigo 155, "caput", do CP"*, e observando os autos constato que de fato existe referida condenação, por isso, entendo que está correta a sentença.

Personalidade: O magistrado monocrático valorou negativamente a referida moduladora sob o fundamento de que "*A personalidade, o caráter do réu é de pessoa agressiva, violenta, insensível, o que se denota pelos inúmeros feitos criminais a que responde, em regra, contra as pessoas, a vida e a integridade física, os quais embora não possam ser considerados para fins de maus antecedentes (s.444 STJ), desvalorizam sua índole."*

Entendo que tal fundamentação não se amolda ao conceito de personalidade exigido no art. 59, do CP.

Julgados do Superior Tribunal de Justiça assim conceituam:

> *(...) A personalidade, negativamente valorada, deve ser entendida como a agressividade, a insensibilidade acentuada, a maldade, a ambição, a desonestidade e perversidade demonstrada e utilizada pelo criminoso na consecução do delito. (...).* (STJ. HC 50331/PB. Rel. Min. Laurita Vaz. Quinta Turma. Julgado em 17/05/2007)

A fundamentação não se amolda a tal conceito,, motivo pelo qual a dosimetria da pena merece reparo neste tópico, devendo afastar-se a personalidade como negativa e apta a elevar a pena-base acima do mínimo legal.

Do pedido de redução do *quantum* do agravamento aplicado pelas causas de aumento de pena de Uillians Rogério dos Santos.

Vê-se da sentença que na terceira fase da dosimetria, a pena do apelantes foi exasperada em 1/2 (metade), com o seguinte fundamento (f. 219):

> *(...) Na terceira fase, estão presentes as causas especiais de aumento de pena prevista no § 2º, inciso I, II, IV e V do art. 157, do mesmo diploma legal, motivo pelo qual exaspero a pena em mais 1/2, ou seja mais 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Atento ao enunciado 443 da súmula da jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça, esclareço que o aumento levou em consideração a quantidade de majorantes, eis que percorreu quase todos os incisos do parágrafo 2º do artigo 157 do CP (quatro) e a intensidade com que cada uma delas se manifestou. Nisso, destaca-se que mais de uma arma foi empregada quando para a configuração de uma e outra majorantes, bastaria uma arma de fogo e dois assaltantes. Ademais, foi o veículo subtraído e levado para o Paraguai somente não atingindo o citado país por circunstâncias alheias a vontade dos agentes, assim como foram duas as vítimas que tiveram suas liberdades restringidas, tornando-a definitiva em 07 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão; e a pena pecuniária em 30 (trinta) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à data do fato e corrigido monetariamente à data do efetivo pagamento.(...)*

No caso, o delito foi cometido em concurso de agentes, mediante emprego de arma de fogo, e restringindo a liberdade das vítimas, apenas se excluindo nesta decisão do recurso a majorante da subtração de veículo automotor transportado para o exterior.

A Súmula 443 do STJ dispõe que *"O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes"*.

Em se tratando de roubo com a presença de mais de uma causa de aumento, o acréscimo na terceira fase requer devida fundamentação, com referência a circunstâncias concretas que justifiquem um aumento mais expressivo, não sendo suficiente a simples menção ao número de majorantes presentes.

Ora, vê-se que o aumento da pena acima do patamar mínimo não foi calcado apenas no número de majorantes, mas sim elencando elementos concretos adicionais ao normal do tipo, mesmo qualificado, que demonstram maior grau de reprovabilidade da conduta do agente.

Saliento que tal patamar deve ser mantido, ainda que decotada uma das majorantes (a do item IV do § 2º do art. 157 do CP que é a subtração de veículo automotor que venha a ser transportado para outro Estado ou para o exterior), porque a gravidade da conduta dos agentes foi exacerbada e permite aplicar-se patamar de aumento acima do mínimo.

Com efeito, no caso ficará obedecido o enunciado 443 da súmula da jurisprudência predominante no Superior Tribunal de Justiça, porque o aumento leva em consideração a quantidade de majorantes (três) e a intensidade com que cada uma delas se manifestou, como se explica em seguida: mais de uma arma de fogo foi empregada, quando para a configuração dessas majorantes, bastaria uma arma de fogo e dois assaltantes; foram duas as vítimas que tiveram suas liberdades restringidas; a ação incluiu violência extrema com agressões físicas a uma das vítimas e ameaça de arma de fogo com especial intensidade a outra vítima, porque uma das armas de fogo chegou a ser colocada na nuca de uma

das vítimas; a atuação dos agentes foi na residência das vítimas, trazendo-lhe por certo maior medo posterior por saberem que os agentes conhecem seu local de residência; a ação delituosa foi demorada, com tempo de os gentes de comerem e beberem na residência das vítimas, o que por certo lhes trouxe maior pavor, pela demora em terminar o assalto, sem saberem qual seria o desfecho (uma das vítimas relatou quase certeza de que iria morrer quando os assaltantes mostraram frustração por não haver armas nem dinheiro na residência).

Então, ainda que retirada uma majorante, entendo adequado agravar-se a pena no patamar de metade (pelas três majorantes e modo como o uso das armas e a ação delituosa se deu), sem que isso configure *reformatio in pejus*, pois não resulta no caso concreto em agravamento da pena.

Saliento que as mesmas ponderações valem para o apelante Bruce, para o qual nesta terceira etapa a pena também fica mantida agravada nos mesmos moldes e pelos mesmos motivos.

Redimensionamento das penas:

Quanto à pena de Bruce Willis Prado dos Santos:

Fixa-se no mínimo a pena - 04 anos de reclusão e 10 dias-multa - na primeira etapa, por não haver circunstâncias desfavoráveis.

Na segunda fase da dosimetria, está presente a atenuante da menoridade relativa, art. 65, I, do Código Penal, porém sem abrandar a pena abaixo do mínimo (súmula 231 do STJ), restando a pena intermediária de 04 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na terceira fase, estão presentes as causas especiais de aumento de pena previstas no § 2º, incisos I, II e V do art. 157, do CP, e, mesmo que decotada a majorante do item IV, efetuo a majoração da reprimenda em ½ (metade), conforme fundamentação acima exposta, motivo pelo qual exaspero a pena em mais 1/2, ou seja mais 02 anos de reclusão e 05 dias-multa.

Torna-se a pena definitiva em 06 anos de reclusão; e a pena pecuniária em 15 dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à data do fato e corrigido monetariamente à data do efetivo pagamento.

Quanto à pena de Uillians Rogério dos Santos:

No âmbito da 1ª fase do método trifásico de apenamento, decotada a circunstância judicial personalidade do agente, mas havendo maus antecedentes, fixa-se a pena-base em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Na 2ª fase, não há agravantes nem atenuantes a incidir, fica a pena intermediária em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa.

Na 3º fase, presentes as causas de aumento previstas no art. 157, §2º, inciso I, II e V, do CP, e mesmo que decotada a majorante do item IV, efetuo a majoração da reprimenda em ½ (metade), conforme fundamentação acima exposta, de modo que fixo a pena em 06 (seis) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 22 (vinte dois) dias-multa, pena esta que torno definitiva na ausência de causas de diminuição a incidir.

Do regime inicial de cumprimento de pena de Uillians Rogério dos Santos.

Pugna o apelante pela modificação do regime de cumprimento de pena para um mais brando.

Sabe-se que para a fixação do regime prisional adequado o Juiz deve considerar três fatores, a saber: a) a quantidade de pena aplicada; b) se o sentenciado é reincidente, e c) as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal (cf. inteligência do artigo 33, § 2° e 3°, do Código Penal).

Leciona Cezar Roberto Bitencourt:

> *Os fatores fundamentais para determinação do regime inicial são: natureza e quantidade da pena aplicada e a reincidência. Esses fatores são subsidiados pelos elementos do art. 59 do Código Penal, isto é, quando aqueles três fatores (art. 33, caput, combinado com o seu § 2º e alíneas) não determinarem a obrigatoriedade de certo regime, então os elementos do art. 59 é que orientarão qual o regime que deverá ser aplicado, como o mais adequado (necessário e suficiente) para aquele caso concreto e para aquele apenado (art. 33, § 3º, do CP). (...). O que a norma legal diz é que o reincidente não pode iniciar em regime aberto (...). Se a pena for de reclusão de até 4 anos e o condenado for reincidente, regime inicial poderá ser o fechado ou o semi-aberto. Os requisitos do art. 59 é que determinarão qual dos dois regimes será o mais adequado, isso é, qual dos dois será necessário e suficiente para atingir os fins da pena (art. 33, §3º, do CP).* (*in* Tratado de Direito Penal - Parte Geral. Editora Saraiva. 9ª Edição. São Paulo - 2004. Pág. 477 e 479).

No caso, a pena privativa de liberdade imposta ao apelante é de 06 (seis) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 22 (vinte dois) dias-multa e, muito embora o réu não seja reincidente, na sentença foi considerada a condenação transitada em julgado, conforme certidão de antecedentes (f. 366-367) como circunstância judicial de maus antecedentes, que torna inviável abrandar o regime, já que as circunstâncias judicias do artigo 59 do CP não lhe são plenamente favoráveis, e os maus antecedentes são moduladora de especial gravidade.

Também não há como ignorar a censurabilidade e a gravidade da conduta (estamos diante de um roubo triplamente qualificado pelo emprego de duas armas de fogo, concurso de agentes, e restrição a liberdade da vítima) e tais majorantes foram efetivadas com especial gravidade, como antes fundamentado, como tal justifica-se a fixação do regime fechado para início do cumprimento da pena.

Em caso semelhante assim pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CONCURSO FORMAL ENTRE DELITOS DE ROUBOS COMETIDOS COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS DA UTILIZAÇÃO DE ARMA DE FOGO. REGIME INICIAL FECHADO. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*
>
> *(...) 3. No julgamento do HC 96.099, Rel. Min. Ricardo Lewandowisk, o Plenário do Supremo Tribunal Federal fixou a orientação no sentido de que a apreensão da arma de fogo não é indispensável à incidência da majorante do art. 157, § 2º, I, do Código Penal.*
>
> *4. O emprego de arma de fogo, circunstância objetiva do caso concreto vinculada à maneira de agir do acusado, constitui fundamento idôneo para a imposição de regime inicial fechado, mesmo na hipótese de a pena-base haver sido fixada no mínimo legal. Não fosse a previsão legal de exacerbação da pena na terceira fase da dosimetria, a utilização de arma de fogo implicaria o aumento da sanção penal já na primeira etapa da dosimetria (pena-base), na medida em que, antes de limitar-se à chamada gravidade abstrata do delito, está relacionada ao conceito mais amplo de culpabilidade objetiva e, mediatamente, ao modus operandi empregado pelo agente.*
>
> *5. Agravo regimental a que se nega provimento.* (STF. HC 123110. Rel. Min. Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 19/08/2014.)

Assim, fica mantido o regime fechado para início do cumprimento da pena por Uillians.

Ante o disposto no art. 44, I, c/c art. 69, *caput*, ambos do CP, não se admite substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista o *quantum* total da pena ser superior a 4 anos de reclusão, bem como o crime foi cometido mediante grave ameaça.

Do prequestionamento.

Por fim, com relação aos prequestionamentos aventados, esclareço que a matéria foi apreciada, sendo prescindível a indicação pormenorizada de normas legais em razão de a matéria se confundir com o mérito e ter sido amplamente debatida.

Conclusão.

Diante do exposto, em parte com o parecer:

Dou parcial provimento ao apelo interposto por Uillians Rogério dos Santos para decotar a circunstância judicial da personalidade, fixando a pena definitiva em 06 (seis) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 22 (vinte dois) dias-multa.

Dou parcial provimento ao apelo interposto por Bruce Willis Prado dos Santos para decotar a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, IV, do CP, todavia isso promova alteração da pena.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deram parcial provimento aos recursos, nos termos do voto da relatora.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 14 de março de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Apelação nº 0000295-36.2014.8.12.0002 - Dourados
Relatora designada Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – APROPRIAÇÃO INDÉBITA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – ADVOGADO QUE, POR MUITOS ANOS, SE APROPRIA DE NUMERÁRIO PERTENCENTE A SEU CLIENTE E PORTAVA-SE COMO DONO DE TAL VALOR – DOLO E TIPICIDADE DA CONDUTA COMPROVADOS – RECURSO IMPROVIDO – CONDENAÇÃO MANTIDA – COM O PARECER.

Incorre no crime de apropriação indébita o advogado que levanta valores de seu cliente sem repassar para o mesmo, durante anos, referido numerário, agindo como se dono fosse, demonstrando o dolo e tipicidade na conduta delituosa que impede sua absolvição.

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, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da revisora, vencido o relator.

Campo Grande, 7 de março de 2017.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha - Relatora designada

RELATÓRIO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

O Ministério Público Estadual denunciou Adriano Barros Vieira como incurso nas penas do artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, porque, em março de 2010, em razão da profissão (advogado) apropriou-se da quantia de R$ 2.906,65 da vítima Irineu de Oliveira Martins, alegando que levantou o alvará em ação trabalhista e o dinheiro foi extraviado e, após reclamação da vítima na OAB/MS e registro da ocorrência, devolveu referida quantia em 13/11/2013.

A denúncia foi julgada procedente e Adriano Barros Vieira (f. 260-261) condenado pela prática do delito descrito no artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal à pena de 1 ano e 4 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, e 16 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos fixado reparação de danos no valor de R$ 2.906,65, razão de seu inconformismo (f. 309-315).

Pugna pela absolvição, uma vez que efetivou a devolução do valor levantado na Justiça Trabalhista com juros e correção monetária

Contrarrazões do Ministério Público Estadual (f. 321-338) pelo improvimento do recurso

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça (f. 345-352) no mesmo sentido.

VOTO

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (Relator)

Trata-se de apelação criminal interposta por Adriano Barros Vieira condenado pela prática de apropriação indébita.

Adriano foi condenado pelo seguinte fato, de acordo com a denúncia (f. 02-03):

> *Denotam as peças informativas que, à época dos fatos, Irineu de Oliveira Martins contratou o advogado Adriano Barros Vieira para defender seus interesses, no processo n. 0038100-55.2009.5.24.0021, que tramitou perante a 1ª Vara da Justiça do Trabalho de Dourados/MS. No dissídio trabalhista, foi realizado um acordo entre o reclamante e o reclamado. Entrementes, por uma falha da Justiça Trabalhista, procedeu-se à penhora indevida na conta do então reclamado Irineu de Oliveira Martins, no montante de R$ 2.906,65.Tal fato foi impugnado por Irineu, sendo determinada, pelo juízo obreiro, a expedição de alvará para o levantamento de tal importe (p. 42). Tal documento foi levantado pelo increpado, consoante certidão de p. 09, de sorte que Adriano Barros Vieira sacou o reportado quantum e apropriou-se dele, sem prestar qualquer esclarecimento ao seu cliente Irineu. Nessa contextura, certa feita, a vítima entrou em contato com outro advogado, a fim de saber sobre o andamento da restituição pleiteada nos autos n. 0038100-55.2009.5.24.0021, quando então tomou ciência de que o valor impugnado já havia sido liberado e sacado pelo causídico Adriano Barros Vieira. À luz do exposto, o ofendido noticiou os fatos à Ordem dos Advogados do Brasil e ao Delegado de Polícia, mormente porquanto não havia qualquer pagamento pendente em relação aos honorários advocatícios de Adriano Barros Vieira. Instado pela autoridade policial (p.40), o denunciado confessou ter recebido a quantia de R$ 2.906,65 e não tê-la repassado ao seu legítimo proprietário, sob o argumento de que não o fez porque tal montante foi extraviado no escritório de advocacia. Acrescentou, ao cabo, que já negociou o pagamento da dívida, consoante termo de pp. 41-42. Tal fato, entrementes, não exime o autor de pena ,tampouco torna atípica a conduta perpetrada, convolando-se apenas em fator de diminuição de pena. Denota-se, então, que os elementos indiciários apontam que restou caracterizado o delito de apropriação indébita em razão da profissão. Burile-se que, para que configuração do crime de apropriação indébita deve ser demonstrado o animus rem sibi habendi, ou seja, o ânimo do agente de apoderar-se da coisa de modo definitivo, o que se evidenciou in casu, vez que o denunciado tinha a posse legítima da quantia, pois lhes era autorizado, em razão da profissão que exercia (advogado), a recebê-la e, posteriormente, inverteu este título, agindo como se dono fosse da res, pois recebeu os valores em 9.9.2010 e somente se comprometeu a devolvê-la em 13.11.2013, ou seja, quase três anos após a data do delito. Logo, há prova da materialidade dos crimes e indícios suficientes de autoria, conforme se verifica no boletim de ocorrência (p. 03), no termo de declaração (pp. 7-8), na certidão de entrega de guia (p. 9), no Alvará de Levantamento de Depósito (p. 42), no termo de acordo para pagamento de dívida (pp. 41-42), bem como no auto de qualificação e interrogatório* (p. 40).

Adianto desde já que o recurso deve ser provido.

Prevê o artigo 168, do Código Penal o seguinte:

> *Art. 168. Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º. A pena é aumentada de um terço, quando o agente: I - em depósito necessário; II - na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial; III - em razão de ofício, emprego ou profissão.*

Conforme acima transcrito, o apelante foi condenado pela prática do crime de apropriação indébita, prevista no artigo 168, § 1º, III, do Código Penal, pois, na qualidade de advogado, apropriou-se de dinheiro de seu cliente, que, posteriormente foi devolvido.

Verifica-se que a celeuma envolve a relação advogado/cliente, ou seja questão contratual e deve ser resolvida na esfera cível e administrativa (representação na OAB/MS).

Irineu, em juízo, confirmou que contratou Adriano como advogado para atuar em ação trabalhista, pois possui uma empresa, houve um acordo e, ao final, houve pedido de ressarcimento de valores , sendo que houve o levantamento do dinheiro por parte do apelante, fato que descobriu ao ver o processo na Justiça Trabalhista. Narrou que após registrar a ocorrência na Delegacia de Polícia e na OAB/MS Adriano ficou de pagar seis mil reais, mas pagou somente a primeira parcela. Expôs que pagou os honorários combinados.

Portanto, basta a execução do Termo de Acordo de f. 52-53, datado de 13 de novembro de 2013 para que irineu recebeu o restante do valor acordado.

No caso, há desavença contratual entre as partes que deve ser dirimida no juízo cível.

O Direito Penal é subsidiário e somente deve ser acionado quando os demais ramos do Direito não se prestam para resolver a questão, ou seja, "*o Direito Penal é a ultima ratio, não devendo se ocupar de questões que encontram resposta no âmbito extrapenal* (STJ. REsp 1101914/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 06/03/2012, DJe 21/03/2012)".

Portanto, o caso deve ser aplicado o princípio da subsidiariedade do Direito Penal ou princípio do fragmentário ou princípio da intervenção mínima do Direito Penal , de acordo com as idéia de Claus Roxin, pois "*já foi escrito: Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se.* (STJ; REsp 922.475; Proc. 2007/0026705-0; RS; Sexta Turma; Rel. Min. Nilson Vital Naves; Julg. 13/08/2009; DJE 16/11/2009)*"*.

Sobre o mesmo tema, Francisco de Assis Toledo explana que *"fica, pois, esclarecido o caráter limitado do direito penal, sob duplo aspecto: primeiro, o da subsidiariedade de sua proteção a bens jurídicos; segundo, o dever de estar condicionada sua intervenção à importância ou gravidade da lesão, real ou potencial. (...) Eis aí o caráter fragmentário do direito penal: dentre a multidão de fatos ilícitos possíveis, somente alguns - os mais graves - são selecionados para serem alcançados pelas malhas do ordenamento penal"*.[1]

Há muito salientou o Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto vista no RHC 80362

> *[...] Last but not least, Sr. Presidente, não posso deixar de explicitar minha convicção de que - ante o quadro de notória impotência do Judiciário para atender à demanda multiplicada de jurisdição e, de outro, à também notória impotência do Direito Penal para atender aos que pretendem transformá-lo em mirífica, mas ilusória, solução de todos os males de vida em sociedade -, tendo, cada vez mais, aplaudir a reserva à sanção e ao processo penal do papel de ultima ratio, e, sempre que possível, a sua substituição por medidas civis ou administrativas, menos estigmatizantes e de aplicabilidade mais efetiva.*
>
> *Mais que tradução de uma simples tendência de política criminal, o princípio da intervenção mínima se me afigura derivado do substantive process of law, consagrado no art. 5º, LIV, da Constituição e que traz consigo, segundo já tem assinalado o Tribunal, o princípio da proporcionalidade: certo que a pena - como corretamente observou Roxin - é 'a intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico*

1 TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 1994, 5. ed., p. 14.

permite ao Estado', segue-se - como é do subprincípio da necessidade, que o apelo à criminalização só se legitima na medida em que seja a sanção penal 'a medida restritiva indispensável à conservação do próprio ou de outro direito fundamental a que não possa ser substituído por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.

Cumpre em nome da intervenção mínima - contra a doença, sempre tendente às recidivas, que Carrara chamou de 'nomomania ou nomorréia' penal - a esquecida primeira parte do art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789:

'La Loi ne doit pas établir que des peines strictement e évidemment nécessaires... (STF. RHC 80362, Relator(a): Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 14/02/2001, DJ 04-10-2002 PP-00095 Ement Vol-02085-02 PP-00368)

Verifica-se ainda no Informativo 444, do STF, o seguinte:

INFORMATIVO Nº 444

[...]

PROCESSO

RHC - 89624

ARTIGO

[...]

Por conseguinte, assentou-se a inexistência de justa causa para a ação penal instaurada contra o recorrente, haja vista a subsidiariedade e a fragmentariedade do Direito Penal, que só deve ser utilizado quando os demais ramos do Direito não forem suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos. [...] RHC 89624/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 10.10.2006. (RHC-89624)

E, ainda:

A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um direito penal mínimo, fragmentário, subsidiário, capaz de intervir apenas e tão-somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social. (STF.HC 107638, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 13/09/2011, Processo Eletrônico DJe-187 Divulg 28-09-2011 Public 29-09-2011)

Nesse sentido, a jurisprudência de outros Tribunais:

APROPRIAÇÃO INDÉBITA. CONTRATO DE LOCAÇÃO. NÃO RESTITUIÇÃO DE FILMES. ABSOLVIÇÃO. Não configura apropriação indébita a não-devolução dos objetos locados de estabelecimento comercial, pois se trata de descumprimento de contrato locatício, controvérsia a ser remediada na esfera cível, diante do caráter fragmentário do direito penal. APELO PROVIDO. (TJRS; ACr 70025558016; Porto Alegre; Sexta Câmara Criminal; Rel. Des. Nereu José Giacomolli; Julg. 30/10/2008; Doers 01/12/2008; Pág. 91) (Publicado no DVD Magister nº 23 - Repositório Autorizado do TST nº 31/2007)

O caráter fragmentário do Direito Penal significa que este não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas somente as condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes. . A exigência da lesividade ao bem jurídico penalmente tutelado, consubstanciada na efetiva lesão ou no perigo concreto

ou idôneo de dano ao interesse jurídico, é própria de um Direito Penal decorrente do Estado Democrático de Direito, visando restringir ao máximo o poder punitivo estatal, reconduzindo o Direito Penal a sua verdadeira função, a de exclusiva proteção dos bens jurídicos mais importantes da vida em coletividade. Art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Atipicidade. Recurso provido. Absolvição. (Recurso Criminal nº 34052002 (660/2003), TRE/MG, Governador Valadares, Relª Sônia Diniz Viana, J. 03.06.2003, DJMG 26.06.2003, p. 76)

Mera irregularidade no cumprimento de contrato firmado entre particulares, sanáveis na esfera cível, não possui o condão de gerar responsabilidades na esfera criminal. [...].Além disso, com base no princípio da intervenção mínima, se propõe ao ordenamento jurídico penal uma redução dos mecanismos punitivos do Estado ao necessário. Assim, a intervenção penal somente se justifica quando é absolutamente necessária para a proteção dos cidadãos." (TJMS. Mandado de Segurança nº 2009.003919-4. Relatora: Des. Marilza Lúcia Fortes (Titular). Relator para o Acórdão: Desembargador Claudionor Miguel Abss Duarte. Seção Criminal .J.02/12/2009.Publicação: 11/12/2009.Nº Diário: 210).

Embora atualmente, em razão do alto índice de criminalidade e da conseqüente intranquilidade social, o Direito Penal brasileiro venha apresentando características mais intervencionistas, persiste o seu caráter fragmentário e subsidiário, dependendo a sua atuação da existência de ofensa a bem jurídico relevante, não defendido de forma eficaz por outros ramos do direito, de maneira que se mostre necessária a imposição de sanção penal. (STJ – AgRg-REsp 984.712 – (2007/0210260-7) – 6ª T – Rel. Min. Paulo Gallotti – DJe 22.06.2009 – p. 994)

Apropriação indébita. Contribuições previdenciárias atrasadas (quitação). Numerário (recebimento). Auxílio-doença (requerimento).Não-apresentação (caso). Princípio da intervenção mínima (adoção).

1. A melhor das compreensões penais recomenda não seja mesmo o ordenamento jurídico penal destinado a questões pequenas – coisas quase sem préstimo ou valor.2. Antes, falou-se, a propósito, do princípio da adequação social; hoje, fala-se, a propósito, do princípio da intervenção mínima. Já foi escrito: "O direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas" (Roxin). 3. A conclusão é, portanto, a de que o fato descrito na denúncia – apropriação de valores recebidos de segurado da Previdência Social para quitação de contribuições atrasadas, sem a posterior protocolização de pedido administrativo de auxílio-doença – haverá de ter solução por outro ramo do Direito que não o Direito Penal. 4. Recurso especial do qual não se conheceu. (REsp 672.225/RS, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), Rel. p/ Acórdão Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 07/08/2008, DJe 17/11/2008)

Portanto, no caso concreto, a absolvição é medida que se impõe.

Ante o exposto, contra o parecer, dou provimento ao apelo de Adriano Barros Vieira a fim de absolvê-lo da imputação de infração ao artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal contida na denúncia, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

A Srª. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Revisora)

O Ministério Público Estadual denunciou Adriano Barros Vieira como incurso nas penas do artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal, porque, em março de 2010, em razão da profissão (advogado) apropriou-se da quantia de R$ 2.906,65 da vítima Irineu de Oliveira Martins, alegando que levantou o

alvará em ação trabalhista e o dinheiro foi extraviado e, após reclamação da vítima na OAB/MS e registro da ocorrência, devolveu referida quantia em 13/11/2013.

A denúncia foi julgada procedente e Adriano Barros Vieira (f. 260-261) condenado pela prática do delito descrito no artigo 168, § 1º, inciso III, do Código Penal à pena de 1 ano e 4 meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, e 16 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos fixado reparação de danos no valor de R$ 2.906,65, razão de seu inconformismo (f. 309-315).

Pugna pela absolvição, uma vez que efetivou a devolução do valor levantado na Justiça Trabalhista com juros e correção monetária

O ilustre Relator dá provimento ao recurso por entender que a matéria em questão é afeta ao cível, e não criminal, tratando-se, pois de mera desavença contratual, e assim absolve o apelante.

Divirjo do ilustre Relator para manter a sentença tal como fora lançada, *per relationen*, pois bem demonstrado que o crime foi praticado pelo apelante. Cito a sentença:

> *(...) Com efeito, a materialidade delitiva veio bem demonstrada pela ocorrência n. 3020/2010-1DP, e pelo termo de representação de f. 11. narrando a conduta criminosa atribuída ao acusado, assim como a autoria também redundou hialina, consoante se extrai das provas coligidas no feito, em especial pelos depoimentos prestados pela vítima Irineu de Oliveira Martins, e pela testemunha Andréia Alves Pereira, Delegada de Polícia, as quais foram uníssonas em atribuir os fatos ao denunciado.*
>
> *De acordo com a fala da vítima Irineu, contratou o réu Adriano Barros Vieira, advogado militante na Comarca, para defende-lo em ação na justiça obreira (processo n. 0038100-55.2009.5.21.0021, 1ª Vara de Justiça do Trabalho de Dourados/MS), tendo sido efetuado o bloqueio em sua conta, no montante de R$ 2.906,65 (dois mil, novecentos e seis reais e sessenta e cinco centavos), valores estes que a própria Justiça Trabalhista, posteriormente, determinou fossem restituídos à vítima, então reclamado naqueles autos sendo que levantamento dos valores foi efetuado diretamente pelo denunciado adriano, conforme cópia da certidão de f. 25 destes autos.*
>
> *Todavia, após efetuar o saque do numerário, dele se apropriou, deixando de informar ao seu cliente que os valores haviam sido liberados pela Justiça do Trabalho. A vítima, estranhando a demora da solução da lide, deslocou-se até à Justiça do Trabalho, ocasião em que constatou que o valor já havia sido sacado por seu advogado, o réu Adriano Barros Vieira.*
>
> *Ademais, embora não tenha confessado a conduta que lhe é increpada, o acusado acabou afirmando ter pactuado com a vítima acordo para restituição das quantias apropriadas indevidamente, destacando-se que não adimpliu integralmente o negócio, conforme afirmou a vítima Irineu em seu depoimento judicial, alevantando-se incontornável antítese à própria tese defensiva de que o dinheiro fora extraviado em seu escritório, o que impossibilitou sua entrega a quem de direito. Ao que se depreende, nunca pretendera restituir à vítima a pecúnia levantada, autorizando ilação de que se assenhorou indevidamente dos valores que lhe foram entregues, em razão da profissão, amoldando-se sua conduta ao arquétipo normativo que lhe é irrogado na denúncia.*
>
> *Sobre a apropriação indébita tem-se o sempre invulgar magistério de Guilherme de Souza Nucci, para quem "apropriar-se significa apossar-se ou tomar como sua coisa que pertence a outra pessoa. Cremos que a intenção é proteger tanto a propriedade, quanto a posse, conforme o caso. Num primeiro momento, há a confiança do proprietário*

ou possuidor, entregando algo para a guarda ou uso do agente; no exato momento em que este é chamado a devolver o bem confiado, negando-se, provoca a inversão da posse e a consumação do delito[2].

E mais: "a coisa precisa ter sido dada ao agente para que dela usufruísse, tirando alguma vantagem e exercitando a posse direta, ou pode ter sido dada para que fosse utilizada em nome de quem a deu, ou seja, sob instruções ou ordens suas. A posse ou a detenção devem existir previamente ao crime e precisam ser legítimas"[3].

No mesmo diapasão preleciona Cesar Roberto Bitencourt: "O elemento subjetivo é o dolo, constituído pela vontade livre e consciente de apropriar-se de coisa alheia móvel de que tem a posse em nome de outrem, ou, em outros termos, a vontade definitiva de não restituir a coisa alheia ou desviá-la de sua finalidade".[4]

A Corte Guaicuru, em caso semelhante ao dos presentes autos, decidiu no mesmo diapasão, verbis:

APELAÇÃO. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA EM RAZÃO DE OFÍCIO OU PROFISSÃO. ADVOGADO QUE RETÉM INDENIZAÇÃO DE CLIENTE. CRIME CONFIGURADO. NÃO PROVIMENTO.

Caracteriza-se o crime de apropriação indébita em razão de ofício ou profissão quando o advogado retém, indevidamente, valores cabíveis ao seu constituinte, apresentando versão isolada de que houve empréstimo pessoal entre os mesmos - buscando, apenas, dar natureza cível à ocorrência, notadamente considerando as condições econômicas e culturais da vítima. Apelação defensiva a que se nega provimento com base no acerto da decisão singular. (TJMS; ACr-Recl 2010.029250-1/0000-00; Dourados; Segunda Turma Criminal; Rel. Des. Carlos Eduardo Contar; DJEMS 09/02/2011; Pág. 49).

O delito em questão vem a tutelar a inviolabilidade patrimonial, em especial aos atentados fraudulentos que o indivíduo possa causar à vítima. O interesse social aqui protegido repousa na confiança recíproca que deve informar as relações interpessoais. Do tipo ressai o elemento normativo – consubstanciada na apropriação de coisa alheia móvel, de tal sorte que a obtenção efetiva da vantagem é elemento da descrição legal. E todos esses elementos, em especial o dolo específico, estão presentes, e a vantagem foi efetivamente obtida, de tal sorte que aperfeiçoada a conduta incriminadora com exatidão.

Ao contrário do que afirmado pela defesa técnica, o dolo do agente é intenso e manifesto, diante do iter por ele trilhado. Recebeu valores em nome do seu mandante em processo judicial no ano de 2010, mantendo-se inerte em comunicar a vítima durante 2 anos, somente comprometendo-se a restituir os valores quando procurado pela vítima, depreendendo-se nítido o propósito malicioso, dirigida à intenção livre e consciente de apropriar-se de valores que não lhe pertenciam, mas que teriam sido entregues em razão da profissão, amoldando-se perfeitamente sua conduta ao fraseado normativo do CP, art. 168, §1º, inciso III.

Como bem asseverado pelo defensor, a posterior pactuação de acordo celebrado entre os contratantes sobre o ressarcimento dos prejuízos, sob relevou evidente que Irineu pretendia apenas receber o dinheiro que lhe era devido, fato, todavia, que sofreu empeço em razão do inadimplemento da pactuação. Tal fato, todavia, não exclui a tipicidade da conduta do réu, que deve receber os ônus de sua conduta desviante (sanção penal), diante,

2 **Código Penal Comentado** Ed. RT, 11ª edição, p. 824

3 Idem 1

4 BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado** – 5. Ed. Atual. – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 648.

> *até mesmo, da independência entre as instâncias civil e penal, sem embargo da tipificação do crime de apropriação indébita não é arredado pela parcial reparação posterior do dano, tornando o eventual acordo obrigacional entre o autor do fato e a vítima do ilícito.*
>
> *Portanto, justifica-se a intervenção do Direito Penal ao caso em tela, pois não se trata de mero desacordo obrigacional, repita-se, mas de fato típico, ilícito e culpável, tornando lícita a conclusão de que a mera aplicação de sanção civil não surtiria efeito algum, não havendo que se falar, portanto, em aplicação subsidiária do direito penal no presente caso.*
>
> *Repita-se, a lesividade da conduta do agente, no caso dos autos, encontra-se suficientemente demonstrada, bem como o considerável prejuízo experimentado pela vítima, de tal sorte que irrecusável decreto condenatório, como incurso nas penas do artigo 168, §1º, inciso III do Código Penal (...).*

A vítima Irineu de Oliveira Martins, quando reclamou da conduta do advogado, ouvido a f,. 13/14), declarou que seu advogado agiu como se dono fosse dono do dinheiro, porque ele vítima teve ciência de que o processo estava arquivado e que o seu advogado já havia recebido o ressarcimento que lhe pertencia, há cerca de dois anos, e não o tinha repassado à vítima, veja-se:

> *(...) contratou o advogado Adriano Barros Vieira para atuar perante a Justiça do trabalho em ação que o declarante foi demandado (...); o valor de R$ 2.906,65 havia sido bloqueado indevidamente, tendo o advogado Adriano Barros Vieira, entrado com o pedido de ressarcimento do valor indevidamente bloqueado; QUE o declarante não ficou sabendo mais notícias sobre o andamento do recurso acima citado, tendo posteriormente conversado com outro advogado que analisou o processo, tendo o mesmo dito que o processo estava arquivado tendo sido retirado uma cópia da guia onde consta que Adriano recebeu o valor de R$ 2.906,65 há aproximadamente dois anos, e não repassou ao declarante; QUE o declarante procurou por Adriano, mas este não providenciou o reembolso do valor indevidamente apropriado pelo mesmo, até o presente momento; (...) .*

Ou seja, a vítima teve de ir atrás do advogado para cobrar o dinheiro que era seu e estava em poder do causídico há dois anos, e nem assim o apelante fez o pagamento.

Perante isso, a vítima não teve outra solução senão dirigir-se à autoridade policial e noticiar o crime, assim como fazer uma reclamação do advogado junto à OAB (como consta do Boletim de Ocorrência a f. 9, datado de setembro de 2012, referindo-se a fato ocorrido em 2010).

Ou seja, ao fim de dois anos ainda o advogado apelante não tinha restituído à vítima o valor que lhe era devido, e só fez pagamento a ela em 2013, muito depois de iniciadas as investigações,

Registro ainda que a vítima, na captação audiovisual às f.230, declara que o recorrente permaneceu por quase quatro anos com o numerário que lhe pertencia, demonstrando que, diversamente sustentado pelo relator, não se trata de desavença contratual, mas de dolo inequívoco voltado para se apoderar dos valores de seu cliente/vítima.

Permite-se ou admite-se um certo lapso de tempo entre o recebimento de numerários devidos a clientes (por seu advogado), alguns dias, quiçá, semanas, se porventura não localiza seu cliente ou demonstra algum impedimento justificado, que impeça o rápido pagamento a seu cliente, enfim.

Porém jamais se pode entender que um advogado reter numerário que é devido a seu cliente, por meses, ou mesmo anos, como neste caso, seja considerado uma mera questão ou descumprimento civil ou atraso no cumprimento do mandato judicial e suas obrigações de prestar contas, que não justifique a intervenção do Direito Penal.

Ao contrário, a conduta é inarredavelmente um crime, a autoria é indubitavelmente do apelante e como tal deve ser mantida a condenação.

Ante o exposto, com o Parecer, e divergindo do relator, nego provimento ao recurso e mantenho a sentença condenatória.

É como voto!

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Vogal)

Acompanho o voto do Vogal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto da revisora, vencido o relator.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Manoel Mendes Carli, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Paschoal Carmello Leandro.

Campo Grande, 07 de março de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0039798-96.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relatora Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – RECURSO DEFENSIVO – PEDIDO DE PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO – ALEGAÇÃO DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO – LAUDO CRIMINOLÓGICO DESFAVORÁVEL – ALEGADO IMPEDIMENTO DE O PROFISSIONAL DE PSICOLOGIA EMITIR PROGNÓSTICO DE REINCIDÊNCIA – TESE RECHAÇADA, POR NÃO OCORRER AFRONTA À RESOLUÇÃO CFP 012/2011 – ADEMAIS, DECISÃO FUNDAMENTADA NÃO APENAS NO LAUDO PERICIAL, MAS TAMBÉM NO HISTÓRICO PRISIONAL DO AGRAVADO COM REGISTRO DE CINCO FALTAS GRAVES (UMA DELAS FUGA) – REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO – RECURSO IMPROVIDO.

É certo que a lei não mais obriga a realização de exame criminológico e laudos técnicos, mas, uma vez realizados, devem ser levados em consideração na análise do pedido de progressão. Súmula Vinculante n. 26 do STF e Súmula 439 do STJ.

Não há impedimento legal a que psicólogos elaborem laudos técnicos colaborando com o juízo, o trabalho técnico realizado pelo profissional de psicologia traz aos autos elementos pertinentes aos traços psicológicos e seus reflexos no comportamento atual do sentenciado, inexistindo, pois, projeção comportamental para o futuro, assim, não ocorre violação ao prescrito na Resolução do Conselho Federal de Psicologia n. 012/2011.

Correta a decisão de indeferimento da progressão, pois esta não leva em conta apenas o exame criminológico desfavorável, mas também o histórico prisional do reeducando, onde consta o registro de 05 (cinco) faltas disciplinares de natureza grave, sendo uma delas consistente em fuga, demonstrando total desídia com o cumprimento da pena.

Com o parecer. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por maioria, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora, vencido o 1º Vogal.

Campo Grande, 29 de novembro de 2016.

Desª. Maria Isabel de Matos Rocha – Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Reinaldo Silva do Nascimento interpõe agravo em execução penal em face da decisão de fls. 123-124, proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande/MS, que indeferiu seu pedido de progressão de regime fundamentando-se em parecer de laudo criminológico.

Em razões recursais (fls. 02-13), a defesa salienta que o reeducando preenche os requisitos objetivo e subjetivo para a concessão do benefício e ressalta que as respostas apresentadas pelo perito importam em realização de prognóstico criminológico de reincidência e aferição de periculosidade, o que é vedado pela Resolução do Conselho Federal de Psicologia 012/2011.

Nesses termos, requer a reforma da decisão e a concessão da progressão de regime, condicionada à participação voluntária em tratamento psicológico ou psiquiátrico que deverá ser disponibilizado pela Agência Penitenciária do Estado no regime semiaberto.

Contrarrazões do órgão ministerial às fls. 131-139, pugnando pelo improvimento do recurso e prequestionando, em caso de entendimento diverso, contrariedade ao art. 112 da LEP; art. 2º, § 2º, da Lei de Crimes Hediondos; Súmula Vinculante n. 26; Súmula 439 do STJ e art. 134 do Decreto Estadual n. 12.140/06.

Em sede de retratação, a decisão restou mantida por seus próprios fundamentos (f. 140).

Instada a se manifestar, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pela manutenção da decisão atacada (fls. 148-152).

VOTO (EM 22.11.2016)

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Trata-se de agravo em execução penal interposto por Reinaldo Silva do Nascimento em face da decisão de fls. 123-124, que indeferiu seu pedido de progressão de regime, por considerar ausente o requisito subjetivo, baseando-se em laudo de exame criminológico.

Consta dos autos que o reeducando foi condenado à pena total de 26 (vinte e seis) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicialmente fechado, sendo-lhe negado o benefício da progressão de regime pelo magistrado da 1ª Vara de Execução Penal da Comarca de Campo Grande/MS, em razão dos seguintes fundamentos (fls. 123-124):

> *Com efeito, o sentenciado reincidente cumpre pena total de 26 anos, 8 meses e 20 dias, por condenação pela prática do crime de estupro, roubo, furto e porte de arma, tendo cumprido 1/6 da pena imposta, preenchendo o requisito objetivo para a progressão do regime (LEP, art. 112).*
>
> *De se ressaltar, que desde o início do cumprimento da pena, em 05/02/2007, o sentenciado já empreendeu fuga por uma vez e praticou três faltas graves no interior da Unidade Prisional, o que revela sua recalcitrância no cumprimento das normas que lhe são impostas.*
>
> *De acordo com o laudo do exame criminológico realizado, o sentenciado "evidencia recursos contraindicados a progressão de regime prisional, tais como: tendência agressiva/impulsiva, com irregular domínio da conduta, despreocupação com as consequências de seus atos, instabilidade e imprevisibilidade", tendo o perito judicial concluído que não está apto a cumprir pena em regime mais brando.*
>
> *Assim, em que pese a conduta carcerária do sentenciado estar classificada como "ótima" (f. 420), considerando o histórico prisional do custodiado, as circunstâncias do crime bem como as conclusões do laudo criminológico, reputo não preenchido o requisito subjetivo para progressão de regime.*

(...)

Diante de todo o exposto, ausente o requisito subjetivo, com fundamento no artigo 112 da Lei de Execução Penal, indefiro o pedido de progressão do regime prisional.

Oficie-se à Direção da Unidade Penal, com cópia do laudo pericial (f. 400/409), para ciência e, ainda, para a disponibilização de tratamento psicológico intramuros.

Determino, desde já, a realização de novo exame criminológico no prazo de 1(um) ano para a análise do requisito subjetivo para a concessão de benefícios.

A decisão não merece reparos.

A princípio, cumpre observar que a exigência do juízo da execução de realização do exame criminológico para decidir sobre a progressão de regime é faculdade do magistrado, pois com a edição da Lei n. 10.792/2003 que alterou o artigo 112 da LEP, tal providência deixou de ser obrigatória para se aferir o cumprimento, pelo sentenciado, do requisito subjetivo, deixando-a a critério do julgador, em consonância com a Súmula Vinculante n. 26 do STF.

Então, pode o magistrado deferir realização do exame, segundo determina o Enunciado Sumular n.º 439 do STJ: *"Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada."*

O exame criminológico, portanto, anteriormente indispensável para se aferir o preenchimento do requisito subjetivo exigido para a concessão de benefícios, após o advento da nova legislação tornou-se recurso facultativo, mas, se realizado e desfavorável tal exame, deve ser considerado como fator para a apreciação do pedido e eventual denegação do benefício.

Após a análise clínica, o documento técnico relativo ao exame criminológico concluiu que o agravante não está apto a progredir ao regime semiaberto, bem como apresenta rigidez, portanto, ineficaz quanto a adaptação ao meio, traduzindo falta de flexibilidade no julgamento, com dificuldade de integrar em seu psiquismo a noção de regras e normas sociais. Veja-se (fls. 64-69):

Análise

Pois bem, observa-se que sua capacidade de produção, ritmo e planejamento de trabalho estão dentro da média. Denota bom potencial de energia, mas com dificuldade para sua utilização adequada. Pode-se dizer que o sentenciado não explora suas potencialidades.

Apresenta falhas durante a execução de tarefas, com labilidade afetiva e relacionamento interpessoal instável.

Apresenta-se colaborativo na ocasião desta avaliação. É pessoa gentil e atenciosa, pouco dependente ou acomodada. Por outro lado, manifesta inadequada canalização da energia disponível, com indecisão, falta de dinamismo e despreocupação, além de expansividade, agressividade e adaptação ríspida ao meio.

Tende a refletir irregular desenvoltura em situações que lhe são impostas por autoridade, bem como a receber com resistência ordens ou formas de coerção. Não é bem adaptado a convenções.

Observa-se dos autos que o sentenciado cumpre pena pela prática dos crimes capitulados nos artigos 155 e 214 do código penal.

Durante a entrevista afirma estar recebendo visitas da esposa. Alega arrependimento. Relata histórico de uso de álcool e maconha. Atualmente não mais. Suas funções mentais, sensoriais e de inteligência estão preservadas, pois se manifesta consciente, orientado globalmente e sem alterações de fala/linguagem, memória ou raciocínio. Sem alterações neurológicas e psicomotoras perceptíveis na ocasião desta avaliação. Sono e alimentação estáveis. Sem queixas de saúde.

Seu comportamento segue estável na unidade. Atualmente não faz uso de medicamentos. Nega episódio/histórico de doença psiquiátrica.

Conclusão:

(...)

Embora demonstre na ocasião da avaliação um padrão de comportamento aparentemente estável e colaborativo, seu índice de agressividade revela-se aumentado, traduzindo imprevisibilidade.

Demonstra arrependimento, porém, o condenado não manifesta real consciência de que infringiu normas de conduta. Demonstra na entrevista querer afastar de si suas responsabilidades, se colocando na condição de vítima, na tentativa, conforme deixa transparecer para este perito, de minimizar alguns dos fatos ocorridos.

Apresenta rigidez, portanto, ineficaz quanto a adaptação ao meio, traduzindo falta de flexibilidade no julgamento, com dificuldade de integrar em seu psiquismo a noção de regras e normas sociais.

Sua análise evidencia recursos contraindicados a progressão de regime prisional, tais como: tendência agressiva/impulsiva, com irregular domínio da conduta, despreocupação com as consequências de seus atos, instabilidade e imprevisibilidade.

Resultado:

Inapto a cumprir pena em regime prisional mais brando, sem vigilância direta.

Ao responder os quesitos do Juízo, a *expert* consignou (f. 95-96):

1) Tem o condenado consciência de que infringiu norma de conduta? Mostra-se arrependido dos crimes que cometeu?

Parcialmente sim.

2) Tem ele consciência da moral social?

Parcialmente sim.

3) Demonstra estar em condições de aceitar o convívio social e cumprir regras, ou apresenta ainda sinais que demonstram não ser conveniente a sua adaptação ao meio social?

Conforme resultado da análise desta avaliação, o sentenciado tende a refletir irregular desenvoltura em situações que lhe são impostas por autoridade, bem como a receber com resistência ordens ou formas de coerção. Conclui-se mal adaptado a convenções.

4) Demonstra-se psicologicamente capacitado para o trabalho sem supervisão do Estado?

Não.

5) O sentenciado apresenta personalidade perigosa ou agressiva para o convívio social?

Possivelmente sim.

6) Está o condenado apto a cumprir pena em regime prisional mais brando, sem vigilância direta?

Não.

Nota-se que as respostas aos vários quesitos são amplamente negativas ao agravante, e não permitem a formação de convicção positiva acerca do preenchimento do requisito subjetivo.

O trabalho técnico realizado pela profissional de psicologia trouxe aos autos elementos pertinentes aos traços psicológicos e seus reflexos no comportamento atual do sentenciado, inexistindo, pois, projeção comportamental para o futuro, afastando qualquer mácula em sua atuação.

Destaque-se que os peritos não respondem a questionamentos específicos, mas avaliam a assimilação do condenado à terapêutica penal, sendo o julgador livre para formar o seu convencimento e não fica vinculado aos resultados da equipe técnica, podendo valer-se ou não da perícia, devendo, todavia, sua decisão, independentemente do parecer técnico, ser fundamentada em conformidade com os princípios constitucionais, como no caso dos autos.

Dessa forma, deve ser rechaçada a tese defensiva no sentido de que as respostas dadas pela perita importam em realização de prognóstico criminológico de reincidência e avaliação de periculosidade, e que isto seria vedado pela Resolução do Conselho Federal de Psicologia n. 012/2011.

Acrescente-se, ainda, que o indeferimento do benefício da progressão de regime não se fundamentou apenas no resultado do exame criminológico, mas também no histórico do agravante durante o cumprimento da reprimenda, que registra 05 (cinco) faltas disciplinares de natureza grave, sendo uma delas consistente em fuga da unidade prisional.

Então, em que pese tenha satisfeito o requisito de ordem objetiva, relativo ao cumprimento do lapso temporal para a concessão dos benefícios de execução penal e em que pese o atestado de conduta carcerária aponte o comportamento "ótimo", como consta à f. 111, não resta dúvida de que não está satisfeito o requisito subjetivo, determinado pelo art. 112 da LEP, pois, diante da realização de exame criminológico e de seu histórico prisional negativo, analisado de modo amplo, é de se concluir pela sua inaptidão ao regime de cumprimento de pena mais brando, devendo ser mantida a decisão proferida pela primeira instância.

Mostra-se temerário e prematuro o benefício pretendido, já que o requente demonstrou não ter condições pessoais satisfatórias para ser progredido ao regime semiaberto, ficando evidenciado ser totalmente inviável a transferência do apenado para regime intermediário, onde a vigilância e custódia são reduzidas.

Considerando o exame criminológico desfavorável somado ao seu histórico prisional analisado de maneira ampla, não é possível reformar a decisão que indeferiu a almejada progressão de regime, pelo não preenchimento do requisito subjetivo, posto que embasada em sólidos elementos de convicção.

Corrobora esse entendimento o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. EXAME CRIMINOLÓGICO. VALIDADE DA EXIGÊNCIA FUNDAMENTADA. SÚMULA VINCULANTE 26.

> *(...) Se o laudo de exame criminológico contém avaliação desfavorável quanto à capacidade do preso de progredir para regime de cumprimento de pena menos rígido, pode ele ser levado em consideração para negar o benefício, máxime em casos envolvendo condenados por homicídios brutais. Afinal, não se pode correr o risco de reintegrar a sociedade o preso por crimes brutais que ainda não se encontra preparado para o convívio social. Decisão atacada de acordo com a jurisprudência desta Corte. Habeas corpus denegado.* (HC 108738, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 10/04/2012, Processo Eletrônico DJe-091 Divulg 09-05-2012 Public 10-05-2012)

No mesmo sentido, a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

> *EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME. EXAME CRIMINOLÓGICO. DESNECESSIDADE. FACULDADE DO MAGISTRADO MEDIANTE DECISÃO MOTIVADA. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. I - Com as inovações trazidas pela Lei 10.792/03, alterando a redação do art. 112 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal), afastou-se a exigência do exame criminológico para fins de progressão de regime. Por outro lado, este eg. Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o magistrado de primeiro grau, ou mesmo o Tribunal a quo, diante das circunstâncias do caso concreto, podem determinar a realização da referida prova técnica para a formação de seu convencimento, desde que essa decisão seja adequadamente motivada. (Enunciado sumular de n. 439/STJ e Súmula Vinculante de n. 26/STF). II - Não se vislumbra qualquer ilegalidade ou arbitrariedade na decisão impugnada, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto - avaliação técnica desfavorável - que justificam o indeferimento da progressão do regime prisional em razão da ausência do cumprimento do requisito subjetivo pelo apenado. III - Esta Corte Superior possui entendimento no sentido de que "uma vez realizado o exame criminológico, não é possível coactar-lhe a consideração da avaliação técnica desfavorável, a qual indica que o apenado não apresenta capacidade de adaptação ao regime menos restritivo.* (HC 293.521/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 15/9/2014). [...] (RHC 53.478/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 11/06/2015)

> *HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. INDEFERIMENTO. DECISÃO FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA REQUISITO SUBJETIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] - A decisão do Juiz das Execuções, mantida pelo Tribunal a quo, indeferiu de forma fundamentada, o pedido de progressão de regime, com base no exame criminológico desfavorável, que entendeu não estar preenchido o requisito subjetivo para obtenção do benefício, não cabendo nenhum reparo na decisão de primeiro grau. [...]* (HC 300.016/SP, Rel. Ministro Ericson Maranho (Desembargador Convocado Do Tj/Sp), Sexta Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 06/05/2015)

Quanto ao prequestionamento aventado, o colegiado não está obrigado a mencionar os dispositivos das normas supostamente violadas, bastando declinar as razões pelas quais chegou à conclusão exposta na decisão recorrida.

Conclusão:

Ante o exposto, com o parecer, nego provimento ao recurso mantendo incólume a decisão agravada.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (2º Vogal)

De fato, entendo que o exame criminológico deve ser feito por médico psiquiatra.

Contudo, por medida de economia processual e também, considerando o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que Reinaldo está sendo submetido a tratamento psicológico no presídio, no caso concreto, tenho que apenas deve ser observado ao juízo da Execução Penal que o próximo Exame Criminológico, que deve ocorrer em março/2017, deva ser feito por profissional da Medicina, ou seja, médico psiquiatra.

Conclusão de julgamento adiado para próxima sessão, em face do pedido de vista do 1º Vogal (Des. Romero), após a relatora negar provimento ao recurso, acompanhada pelo 2º Vogal, com ressalvas.

VOTO (EM 29.11.2016)

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes . (1º Vogal)

Pedi vista do autos para melhor analisar o caso, e vou divergir da e. Relatora para conceder a progressão de regime.

A defesa sustenta preencher os requisitos objetivo (lapso temporal necessário) e subjetivo (bom comportamento carcerário). Sustentou ainda, a imprestabilidade do laudo pericial, que além de não mais ser obrigatório, foi confeccionado por psicólogo, profissional impossibilitado de realizar prognóstico criminológico de reincidência, conforme Resolução n. 012/2011 do Conselho Federal de Psicologia.

Tem razão a defesa.

A princípio, cumpre observar que a Lei de Execução Penal, não mais exige do juízo a realização do exame criminológico para progressão de regime, pois com a edição da Lei 10.792/2003 que alterou o art. 112 da LEP, tal providencia perdeu sua obrigatoriedade, para aferição do requisito subjetivo, podendo ser realizado apenas excepcionalmente, mediante decisão motivada do magistrado.

Como já deixei registrado em outras decisões anteriormente proferidas, o exame criminológico deve ser realizado no início da pena, conforme preceitua a LEP, para melhor individualização da pena, de acordo com as características pessoais de cada reeducando. Vejamos:

> *Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.*
>
> *Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)*
>
> *Art. 7º A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.*
>
> *Parágrafo único. Nos demais casos a Comissão atuará junto ao Juízo da Execução e será integrada por fiscais do serviço social.*
>
> *Art. 8º O condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime fechado, será submetido a exame criminológico para a obtenção dos elementos necessários a uma adequada classificação e com vistas à individualização da execução.*
>
> *Parágrafo único. Ao exame de que trata este artigo poderá ser submetido o condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade em regime semi-aberto.*

> *Art. 9º A Comissão, no exame para a obtenção de dados reveladores da personalidade, observando a ética profissional e tendo sempre presentes peças ou informações do processo, poderá:*
>
> *I - entrevistar pessoas;*
>
> *II - requisitar, de repartições ou estabelecimentos privados, dados e informações a respeito do condenado;*
>
> *III - realizar outras diligências e exames necessários.*

Conforme dispostos nos artigos supra-transcritos da Lei de Execução Penal, ao ingressar no sistema prisional, os presos devem ser submetidos a classificação, por uma comissão técnica, presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, que atuará junto ao juízo da execução penal, para melhor individualização da execução da pena.

Com base nestas diretivas da LEP, já é possível vislumbrar uma série de irregularidades no procedimentos periciais atualmente adotados, pois são realizados somente as vésperas do pedido de progressão de regime ou de livramento condicional, nada contribuindo para reinserção social do acusado, mas tão somente em seu prejuízo.

Mas não é só. Não raro, é realizado costumeiramente por um único profissional da área de psicologia, contrariando expressa disposição da LEP, emitindo parecer de prognóstico criminológico, principalmente no tocante a propensão a reincidência, o que é vedado a referidos profissionais pelo próprio Conselho Federal de Psicologia, na Resolução n. 012/2011. Vejamos:

> *Art. 4°. Em relação à elaboração de documentos escritos para subsidiar a decisão judicial na execução das penas e das medidas de segurança:*
>
> *(...)*
>
> *§ 1° Na perícia psicológica realizada no contexto da execução penal ficam vedadas a elaboração de prognóstico criminológico de reincidência, a aferição de periculosidade e o estabelecimento de nexo causal a partir do binômio delito-delinquente.*

Assim, como já decidi anteriormente acerca da impossibilidade do perito psicólogo emitir parecer de prognóstico criminológico, principalmente no tocante a propensão a reincidência, o que praticamente o desqualifica para realização deste tipo de perícia, principalmente porque a determinação do exame criminológico, quando excepcionalmente requisitado, busca justamente avaliar a possibilidade de reincidência criminal.

Portanto, referido exame pericial, quando realizado fora dos parâmetros estabelecidos pelo art. 7° da LEP, por um único profissional, a fim de subsidiar juízo da execução penal nas decisões que versam sobre pedidos de progressão de regime, só poderia ser realizado por médico psiquiatra, porque o que se busca nestes exames periciais, é justamente saber se existe propensão a reiteração delitiva.

De acordo com o laudo do exame criminológico realizado, o sentenciado *"evidencia recursos contraindicados a progressão de regime prisional, tais como: tendência agressiva/impulsiva, com irregular domínio da conduta, despreocupação com as consequências de seus atos, instabilidade e imprevisibilidade"*, tendo o perito judicial concluído que não está apto a cumprir pena em regime mais brando.

Todavia, referido laudo é contraditório e inconclusivo, apontando no resultado que o reeducando é *"inapto a cumprir pena em regime prisional mais brando, sem vigilância direta",* mas no entanto, ao responder aos quesitos da defensoria pública, mencionando que *"entende-se como imprevisível o risco de*

reincidência criminal, portanto, não há possibilidade de firmar, com toda certeza, prognóstico no sentido de que o reeducando voltará a delinquir se for colocado em regime mais brando".

Para não se delongar mais nesta discussão, até porque desnecessário, uma vez que o julgador não fica adstrito ao laudo para formação de seu convencimento, podendo acolhe-lo no todo, em parte, ou até rejeita-lo, vou acolher o laudo parcialmente apenas e tão somente como, elemento informador para aplicação de medidas preventivas de acompanhamento por profissional ali indicado, com vistas apenas a reinserção social do apenado.

Referida perícia não pode ser utilizada em prejuízo do réu para obstar-lhe a progressão de regime, nem poderia, devido aos vícios de formalidade já apontados. Outrossim não vislumbro a existência de outros elementos que justifiquem a negativa da progressão.

Ao contrário, a conduta carcerária do reeducando foi classificada como "ótima". Logo, estando preso a tanto tempo no sistema carcerário que pouco ou nada lhe oferece para reinserção social, ter o conceito que tem somente o qualifica.

Veja-se que, a conclusão a que chega o perito é contraditória, na medida que, não condiz com a realidade do comportamento apresentado pelo reeducando, pois a apesar dos problemas apresentados, que deveriam ter resultado em problemas comportamentais no recinto carcerário, o reeducando não apresenta afrouxamento do freios inibitórios e comportamento antissocial, tampouco, há nos autos qualquer registro de que tenha apresentado comportamento agressivo com outros presos.

Portanto, se por um lado está presente qualquer patologia ou necessidade de acompanhamento, por outro lado, há elementos concretos (conduta carcerária) que demonstram que esses fatores não tiveram força suficiente para gerar problemas carcerários que possam obstar a concessão do benefício.

O reeducando poderá obter a progressão de regime prisional para o semiaberto, e fazer o acompanhamento necessário concomitantemente.

Assim, uma vez preenchido o requisito objetivo do lapso temporal e o requisito subjetivo da ótima conduta carcerária, concedo a progressão ao regime prisional semiaberto.

Por todo exposto, contra o parecer, dou provimento ao agravo para determinar a progressão ao regime prisional semiaberto, facultando ao magistrado, que determine a realização do acompanhamento necessário apontado pelo psicólogo no laudo de f. 91-107, para melhoria de seus aspectos de personalidade mencionados na perícia.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por maioria, negaram provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora, vencido o 1º Vogal.

Presidência da Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Romero Osme Dias Lopes e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 29 de novembro de 2016.

***

1ª Câmara Criminal
Agravo de Execução Penal nº 0033445-40.2016.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – REMIÇÃO DA PENA PELO ESTUDO – ARTIGO 126 DA LEP – ENSINO À DISTÂNCIA E POR APOSTILA – ATIVIDADE ANTERIORMENTE AUTORIZADA PELO JUÍZO – DEMONSTRADA COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS DE TRABALHO E ESTUDO – RECURSO PROVIDO

Cabível a remição da pena pelo estudo realizado pelo método à distância, principalmente, pelo fato de ter sido a realização do curso anteriormente autorizada pelo juízo e demonstrada a compatibilidade de horários entre o trabalho e o estudo, consoante disposição do artigo 126, da LEP.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

Campo Grande, 14 de fevereiro de 2017.

Des. Paschoal Carmello Leandro - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Jhonatan da Silva Oliveira interpôs agravo em execução penal contra a decisão proferida pelo magistrado da 2ª Vara de Execução Penal da comarca de Campo Grande que indeferiu a remição de pena pelo estudo através de conclusão de cursos profissionalizantes apostilados, bem como revogou as remições anteriormente concedidas pela mesma forma de aprendizado.

Narra, às f. 1-28, que concluiu, com ótimo aproveitamento e com autorização do juízo, cursos profissionalizantes apostilados realizados à longa distância (gestão de pessoal, segurança do trabalho e eletricista), sendo que havia sido concedida a remição de 45 dias de pena.

Traz que ao pleitear a remição pelo estudo nos cursos de formação para vendedor e atendimento ao público, concluído pela mesma forma de aprendizagem (apostilado e à distância) e com a autorização do juízo, teve o pleito indeferido, bem como revogada a remição anteriormente concedida, fundamentando o magistrado da instância singela que não restou preenchido os requisitos mínimos exigidos para desfrute do benefício que é a frequência a curso de ensino formal.

Sustenta que a decisão deve ser reformada, a fim de que seja concedida a remição, já que a forma de estudo realizada é admitida pela LEP e pelo CNJ, bem como a instituição educacional escolhida para realização das atividades atende as exigências legais do Poder Público para funcionamento.

Contrarrazões, às f. 313-317, pelo provimento do recurso.

Em juízo de retratação, à f. 318, o magistrado manteve a decisão pelos seus próprios fundamentos.

A Procuradoria-Geral de Justiça opina, às f. 326-328, pelo provimento do recurso.

VOTO

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (Relator)

Insurge-se o agravante contra a decisão que indeferiu a remição pelo estudo realizado pelo método apostilado e à distância, bem como revogou as remições anteriormente concedidas pela mesma forma de aprendizado.

Traz o artigo 126 da Lei de Execução Penal:

> *Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011).*
>
> *§ 1º A contagem de tempo referida no caput será feita à razão de: (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011)*
>
> *I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)*
>
> *II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)*
>
> *§ 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011)*
>
> *§ 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011)*
>
> *§ 4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição .(Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)*
>
> *§ 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)*
>
> *§ 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)*

> *§ 7º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar .(Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)*
>
> *§ 8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)*

Do dispositivo acima transcrito, observa-se que buscou o legislador prestigiar aqueles que, durante a execução da reprimenda, trabalham e/ou estudam, abreviando-lhes a pena.

In casu, consta que o agravante realizou cursos profissionalizantes, apostilados e à distância, sendo que para tanto obteve a autorização do juízo e alcançou ótimo rendimento nas atividades.

Assim, a decisão que, após autorizar a realização de curso de ensino pelo método de apostilas e à distância, não concedeu a remição pelo estudo, sob o fundamento de que não há fiscalização do estudo ou da frequência, desprestigiou a atitude do agravante de almejar novas oportunidades de trabalho ao realizar cursos profissionalizantes; aniquilou o princípio da ressocialização e estabeleceu ressalvas não previstas legalmente, realizando analogia *in malam partem,* o que é terminantemente vedado em Direito Penal.

Consigne-se que a lei não exige para remir a pena a frequência mínima as aulas ou bom aproveitamento nos estudos, trazendo apenas a necessidade de demonstração de compatibilidade de horários entre o trabalho e o estudo, situação essa comprovada pelo agravante.

Aliás, como bem observou o *parquet,* à f. 315, o agravante juntou aos autos o Certificado de realização do curso, as provas com ótimo rendimento e a declaração do empregador de que o agravante estudava durante seu horário de almoço, enquanto estava no local de trabalho.

Registre-se, ainda, que o STJ, com o objetivo de ressocialização do condenado e utilizando analogia *in bonam partem,* tem concedido remição de pena em situações que sequer estão expressamente previstas em lei, como por exemplo, a concessão de remição pela leitura, que, diga-se de passagem, é ato menos palpável que o analisado em tela.

Por oportuno:

> *AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO A QUE SE NEGOU SEGUIMENTO. EVIDENCIADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM EXPEDIDA DE OFÍCIO. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DA PENA PELA LEITURA. POSSIBILIDADE. 1. [...] 2. A jurisprudência da Sexta Turma é firme quanto a admitir a remição da pena pela leitura nos termos da Portaria conjunta n. 276/2012, do Departamento Penitenciário Nacional/MJ e do Conselho da Justiça Federal, bem como da Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça. 3. A norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia in bonam partem, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal (REsp n. 744.032/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 5/6/2006). 4. Sendo um dos objetivos da Lei de Execução Penal, ao instituir a remição, incentivar o bom comportamento do sentenciado e sua readaptação ao convívio social, a interpretação extensiva do mencionado dispositivo impõe-se nessas circunstâncias, o que revela, inclusive, a crença do Poder Judiciário na leitura como método factível para o alcance da harmônica reintegração à vida em sociedade. 5. Na espécie, embora não fosse cabível o habeas corpus no lugar do recurso especial, diante dos precedentes a respeito do tema, ficou caracterizada a existência de manifesto constrangimento ilegal a ser reparado, justificando-se, assim, a concessão, de ofício, da ordem para restabelecer o decisum do Juízo da execução que declarou remidos 8 dias da pena do paciente. 6. Agravo regimental improvido.* (STJ. AgRg no HC 323.766/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/09/2015, DJe 09/10/2015)

Assim, conforme acima enfrentado, tenho que o agravante faz jus a remição de sua reprimenda pelo estudo, que foi autorizado pelo juízo e devidamente comprovada a sua realização.

Pelo exposto, com o parecer, dou provimento ao recurso, a fim de que o juízo da instância singela conceda ao agravante Jhonathan da Silva Oliveira a remição da reprimenda pelos estudos.

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. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Paschoal Carmello Leandro, Des. Manoel Mendes Carli e Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Campo Grande, 14 de fevereiro de 2017.

***

1ª Câmara Criminal
Recurso em Sentido Estrito nº 1401500-53.2016.8.12.0000 - Campo Grande
Relator designado Des. Paschoal Carmello Leandro

EMENTA – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – REJEIÇÃO DA QUEIXA-CRIME – MANIFESTAÇÃO DE VEREADORA – INEXISTÊNCIA DE LIAME FUNCIONAL ENTRE A DECLARAÇÃO DA PARLAMENTAR E O EXERCÍCIO DO MANDATO – CONDUTA NÃO RESGUARDADA PELA IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL – SUPOSTA PRÁTICA DOS CRIMES DE CALÚNIA E DIFAMAÇÃO – ELEMENTO SUBJETIVO PARA A CARACTERIZAÇÃO OU NÃO DOS DELITOS – NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL PREMATURO – RECURSO PROVIDO.

É imprescindível que exista um liame funcional entre a manifestação do parlamentar e o exercício do mandato, isso porque a imunidade material traduz-se em prerrogativa outorgada pela Carta da República aos membros das Casas Legislativas para que eles possam desempenhar livremente as suas funções, mantendo-se a independência e a harmonia entre os Poderes, não podendo, a toda evidência, tal imunidade ser transmudada em permissão para que possam agredir pessoas de maneira desarrazoada, com manifestações abusivas, indecorosas.

Havendo a necessidade de instrução processual para aquilatar a existência ou não do elemento subjetivo para a caracterização dos delitos de calúnia e difamação, faz-se mister a dilação probatória, a qual somente será possível com a total instrução do processo, revelando-se prematuro o repentino trancamento da ação penal, com a pronta rejeição da Queixa-Crime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por maioria, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do 1º Vogal, vencida a relatora.

Campo Grande, 14 de fevereiro de 2017.

Des. Paschoal Carmello Leandro – Relator Designado

RELATÓRIO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

André Puccinelli interpõe o presente recurso em sentido estrito contra decisão singular que rejeitou a queixa-crime em desfavor da querelada/recorrida Luiza Ribeiro Gonçalves.

O recorrente alega que na queixa-crime ofertada há elementos indiciários de que a recorrida, ao ser ouvida pelo GAECO, fez afirmações *"(...) Caluniosas e difamatórias, e só podem ser atribuídas à insensatez e ao desequilíbrio emocional (...)",* hábeis a ensejar o recebimento da queixa-crime ofertada.

A recorrida Luiza Ribeiro Gonçalves contra-arrazoa, às f. 94-103, pela mantença da decisão.

O Parecer Ministerial opina, às f. 114-119, pela mantença da decisão lançada.

VOTO

A Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha. (Relatora)

Como relatado acima, a questão é saber se há provas indiciárias do crime descrito na queixa-crime.

Desnecessário a inovação dos termos postos na sentença, razão pela qual, a utilizo como razões de decidir *per relationen*, *in verbis:*

> *(...) André Puccinelli, já qualificado nos autos, ofereceu queixa crime em desfavor de Luiza Ribeiro Gonçalves, também qualificada nos autos, imputando-lhe a prática dos delitos previstos no art. 138 e 139, ambos do CP.*
>
> *Consta da inicial que, no dia 25 de setembro de 2015, a querelada prestou depoimento na PGJ imputando ao querelante o crime de corrupção e fatos ofensivos à reputação dele, ao narrar o envolvimento em um "esquema" montado na câmara municipal com o intuito de realizar a cassação do então prefeito, Alcides Bernal, tudo isso para manutenção de uma rede de desvios de verbas públicas.*
>
> *O ajuizamento da presente ação penal foi precedida de uma ação cautelar de pedido de explicações, na qual a querelada manteve-se no direito de se manifestar somente em eventual ação penal.*
>
> *Parecer do MP à f. 51/54, pelo indeferimento da inicial, ao argumento de que a declaração da querelada estava acobertada pela imunidade parlamentar.*
>
> *É o relatório. Decido.*
>
> *Imputa-se à querelada a prática dos delitos de calúnia e difamação. Inicialmente, é de se ressaltar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem ser pertinente, para a caracterização dos crimes de calúnia, difamação e injúria, o elemento subjetivo do tipo penal, o dolo, (neste caso, chamado de dolo específico pelos adeptos da teoria natural da ação), a saber, animus calumniandi, diffamandi, injuriandi, respectivamente.*
>
> *De fato, o animus calumniandi traduz-se na vontade de ofender a honra do sujeito passivo, ao imputar-lhe falsamente um delito definido como crime. Por sua vez, evidencia-se o animus diffamandi no comportamento do agente dirigido finalísticamente a divulgar fatos que atingirão a honra objetiva da vítima, maculando-lhe a reputação e o animus injuriandi se revela na intenção do agente de atingir a honra subjetiva da vítima, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro.*
>
> *Nesse contexto, a falta desses elementos subjetivos, os quais integram o tipo penal, conduz a ausência de conduta e, por consequência, não haverá fato típico e, a concluir, não existirá crime, em seu conceito analítico.*
>
> *A título de demonstrar a consolidada jurisprudência sobre o tema, impende colacionar os seguintes precedentes no Superior Tribunal de Justiça, verbis:*
>
> *A doutrina pátria leciona que: O dolo na injúria, ou seja, a vontade de praticar a conduta, deve vir informado no elemento subjetivo do tipo, ou seja, do animus infamandi ou injuriandi, conhecido pelos clássicos como dolo específico. Inexiste ela nos demais animii (jocandi, criticandi, narrandi etc.) (itens 138.3 e 139.3). Tem-se decidido pela inexistência do elemento subjetivo nas expressões proferidas no calor de uma discussão, no depoimento como testemunha etc.* (Mirabete, Julio Fabrini, Código Penal Interpretado, 6ª Ed, São Paulo: Editora Atlas, 2007, p. 1.123). [...] (Apn 490 - Relator (a) Ministro Luiz Fux (1122) - Órgão Julgador CE - Corte Especial - Data do Julgamento 05/03/2008 - Data da Publicação/Fonte DJe 25/09/2008).

CRIMINAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIME CONTRA A HONRA CALÚNIA. DOLO ESPECÍFICO. AUSÊNCIA. QUEIXA REJEITADA. O dolo específico (animus calumniandi), ou seja, a vontade de atingir a honra do sujeito passivo, é indispensável para a configuração do delito de calúnia. Precedentes. [...] (Apn 473 / DF - Relator (a) Ministro Gilson Dipp - Órgão Julgador CE - Corte Especial - Data do Julgamento 21/05/2008 - Data da Publicação/Fonte DJe 08/09/2008).

Na espécie, segundo aduz o querelante, a querelada, na qualidade de depoente, em declaração prestada na Procuradoria Geral de Justiça, no dia 25 de setembro de 2015, em procedimento criminal conduzindo por força tarefa do Ministério Público Estadual, teria afirmado que o André Puccinelli estaria, pelo que soube dizer dentro de sua atuação legislativa, imiscuído em um "esquema" montado na câmara municipal com o intuito de realizar a cassação do então prefeito, Alcides Bernal, tudo isso para manutenção de uma rede de desvios de verbas públicas e desse modo, afirma ter a querelada denegrido a imagem, a honra e a boa-fama do querelante, incidindo nos delitos de calúnia e injúria. Conforme se infere dos autos, a querelada, vereadora em exercício, foi convocada como testemunha e, nessa qualidade, tão-somente respondeu às perguntas realizadas pelo representante do MPE.

Da análise do depoimento, não se verifica qualquer intenção de caluniar ou de injuriar o querelante.

Isso porque, a testemunha tem o dever de dizer a verdade e, se o faz com animus narrandi, não há falar-se em crime contra a honra.

Nesse sentido:

Ao depor a testemunha não pratica o crime do art. 138 do CP, a não ser que seja visível a sua intenção de caluniar (STF, RT 51/448).

Simplesmente narrando o que sabe, por ciência própria ou por ouvir dizer, a testemunha não pode ser sujeito ativo de crime contra a honra (STF, RTJ 88/430). Age no estrito cumprimento do dever legal testemunha que, sob o compromisso, narra fatos pertinentes à causa, ainda que isso signifique atribuir fato criminoso a outrem. Se o depoimento é falso, o crime será o de falso testemunho, não outro. Em princípio, vítimas e testemunhas não podem ficar à mercê dos agentes do crime, sob ameaça de processos, pois isso, inviabilizaria a administração da Justiça Criminal (STJ, JSTJ e TRF 23/121)1.

No mesmo turno:

EMENTA: CRIME CONTRA A HONRA: CALÚNIA. PRÁTICA DELITUOSA SUPOSTAMENTE COMETIDA POR PARLAMENTAR ESTADUAL, HOJE DEPUTADO FEDERAL, EM RAZÃO DE DEPOIMENTO JUDICIAL POR ELE PRESTADO NA CONDIÇÃO DE TESTEMUNHA. ANIMUS NARRANDI . DESCARACTERIZAÇÃO DO TIPO PENAL. CONFIGURAÇÃO, NA ESPÉCIE, DE EXCLUDENTE ANÍMICA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A INSTAURAÇÃO DA PERSECUTIO CRIMINIS . SITUAÇÃO CARACTERIZADORA DE INCOGNOSCIBILIDADE DA PRÓPRIA AÇÃO PENAL. CRIMES CONTRA A HONRA. ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. - A intenção dolosa constitui elemento subjetivo, que, implícito no tipo penal, revela-se essencial à configuração jurídica de qualquer dos delitos contra a honra.

- A necessidade de narrar, resultante do dever legal de depor como testemunha, atua como fator de descaracterização do tipo subjetivo peculiar aos crimes contra a honra, considerado, para tanto, o relevo que assumem, juridicamente, nesse específico domínio, as excludentes anímicas. Doutrina. Precedentes.

PERSECUTIO CRIMINIS E AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. - A ausência de justa causa, quando líquidos os fatos (RTJ 165/877-878 - RTJ 168/853 - RTJ 168/863-865, v.g.), expõe-se ao controle jurisdicional, pois não se dá, ao órgão da acusação penal - trate-se do Ministério Público ou cuidese, como sucede na espécie, de mero particular no exercício da querela privada - , o poder de deduzir imputação criminal de modo arbitrário, notadamente quando apoiada em fatos destituídos de tipicidade penal. Precedentes.

A CARACTERIZAÇÃO DA JUSTA CAUSA COMO UM DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À VÁLIDA INSTAURAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL.

- A inexistência de causa legitimadora da instauração de persecução criminal torna inadmissível o exercício do jus actionis , pois a ausência de justa causa constitui situação configuradora de ilegal constrangimento ao estado de liberdade das pessoas (Inq 2816, Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em 19/12/2011, publicado em DJe-022 Divulg 31/01/2012 Public 01/02/2012)

Não bastasse, o depoimento prestado pela querelada, na qualidade de vereadora, sobre informações atinentes à atividade legislativa, em investigação perpetrada na Câmara Municipal, como bem observado pelo parquet, está resguardada pelo manto da imunidade material, prevista no art. 29, inc. VIII, da CF, in verbis:

O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos (...) VIII - inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município (...)

A corroborar a teste adotada:

IMUNIDADE. VEREADOR. O vereador, nos limites da circunscrição territorial do Município a que está vinculado e na defesa da honorabilidade de sua atuação parlamentar, não pode ser submetido a processo penal pela prática de crime contra honra quando presente o nexo entre o exercício de seu mandato e sua manifestação. Precedentes citados do STF: HC 74.125-PI, DJ 11/4/1997, e HC 74.201-MG, DJ 13/12/1996 (RHC 9.857-SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 2/8/2001 - informativo 102)

Desse modo, na condição de vereadora, gozando da imunidade material que lhe é inerente, nos limites da circunscrição do município e havendo pertinência com o exercício do mandato, não cometeu os crimes que lhe são imputados.

Ante o exposto, primeiro pela ausência de intenção direcionada à ofensa da honra alheia, pois é necessário se reconhecer que não atua com esse elemento subjetivo do tipo quem pratica o fato com animus narrandi, consulendi, defendendi; segundo, pela imunidade material de que goza a querelada, não se verifica justa causa para proposição da presente ação penal.

Dispositivo.

Diante do exposto e por tudo mais que dos autos consta, rejeito a queixa-crime proposta em desfavor de Luiza Ribeiro Gonçalves, com fundamento no art. 395, inciso III, do Código de Processo Penal. Custas pelo querelante (...)".

Por tais motivos, com o Parecer, nego provimento ao recurso.

O Sr. Des. Paschoal Carmello Leandro. (1º Vogal)

Verifica-se dos autos, em resumo, que o magistrado *a quo* rejeitou a queixa-crime ofertada pelo ora recorrente André Puccinelli em face de Luiza Ribeiro Gonçalves, por entender que nas declarações prestadas pela agora recorrida junto à Procuradoria-Geral de Justiça, em procedimento criminal conduzido por força tarefa do Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul, ela não teria tido qualquer intenção em caluniar ou injuriar o primeiro – o recorrente.

Além disso, o julgador de primeiro grau consignou em sua sentença que a recorrida, na condição de então Vereadora, não poderia ser responsabilizada criminalmente em virtude de estar resguardada pelo manto da imunidade material, concedida aos parlamentares municipais pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 29, inciso VIII.

A eminente relatora, Desembargadora Maria Isabel de Matos Rocha, manteve a sentença pelos dois fundamentos acima mencionados, utilizados pelo Juiz *a quo* como razão de decidir, negando, via de consequência, provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto por André Puccinelli.

Entretanto, peço vênia para discordar de sua excelência, pelos motivos que passo a expor.

Segundo o escólio do Professor Alexandre de Moraes, na obra "Direito Constitucional", 17ª Edição, Ed. Atlas, pág. 373, *"A imunidade parlamentar material só protege o congressista nos atos, palavras, opiniões e votos proferidos no exercício do ofício congressual, sendo passíveis dessa tutela jurídico-constitucional apenas os comportamentos parlamentares cuja prática possa ser imputável ao exercício do mandato legislativo. (...) Dessa forma, estão excluídas as manifestações que não guardem pertinência temática com o exercício do mandato parlamentar."*

Como se nota, é imprescindível que exista um liame funcional entre a manifestação do parlamentar e o exercício do mandato, isso porque a imunidade material traduz-se em prerrogativa outorgada pela Carta da República aos membros das Casas Legislativas para que eles possam desempenhar livremente as suas funções, mantendo-se a independência e a harmonia entre os Poderes, não podendo, a toda evidência, tal imunidade ser transmudada em permissão para que possam agredir pessoas de maneira desarrazoada, com manifestações abusivas, indecorosas.

Além disso, para que ocorra a inviolabilidade parlamentar, faz-se indispensável que a manifestação tenha ocorrido no exercício da função. Aliás, é o que estabelece o art. 29, inciso VIII, da Carta Política. Confira-se:

> *"Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:*
>
> *(...)*
>
> ***VIII – inviolabilidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município;"*** (destaquei)

No caso em testilha, impende registrar que a querelada Luiza Ribeiro Gonçalves, ora recorrida, na oportunidade em que ouvida na Procuradoria-Geral de Justiça em procedimento investigatório conduzido pelo Ministério Público deste Estado, hipoteticamente imputou ao recorrente falsamente fato definido como crime, bem como supostamente atribuiu a ele fatos desonrosos, atingindo-lhe a sua honra objetiva, já que declarou ao *Parquet*, em síntese, que André Puccinelli seria responsável por desvios de recursos públicos da Prefeitura de Campo Grande, bem como teria planejado e chefiado a cassação do então Prefeito Alcides Bernal junto à Câmara Municipal.

Nesse contexto, é forçoso reconhecer que a recorrida não proferiu tal manifestação junto ao Ministério Público Estadual no exercício ou no desempenho de suas funções, sendo induvidoso que tais declarações não guardam qualquer correspondência com o mandato parlamentar, valendo rememorar que os vereadores têm como funções típicas a legislativa, que consiste na elaboração das leis acerca das matérias de competência exclusiva do Município, e a fiscalizadora, a qual tem por fim o exercício do controle da Administração Pública regional, relacionado à execução orçamentária e ao julgamento das contas apresentadas pelo Prefeito.

Dessa forma, a meu sentir, a conduta da então Vereadora desta Capital não estava resguardada pela imunidade parlamentar material, razão pela qual pode ser responsabilizada pelos supostos crimes descritos na peça vestibular, previstos no art. 138 e 139, ambos do Código Penal.

Por outro lado, no que diz respeito ao elemento subjetivo para a caracterização dos delitos de calúnia e difamação, ou melhor, do *animus caluniandi* e *diffamandi*, penso que para a formação do juízo de convencimento acerca de sua caracterização ou não, faz-se mister a dilação probatória, a qual somente será possível com a total instrução do processo, revelando-se, portanto, prematuro o repentino trancamento da ação penal, com a pronta rejeição da Queixa-Crime, quando, repita-se, há necessidade de instrução processual para aquilatar a existência ou não do elemento subjetivo.

Posto isso, pedindo vênia à nobre relatora, dou provimento ao recurso, para o fim de anular a sentença e, consequentemente, determinar o recebimento da Queixa-Crime, com o devido prosseguimento da demanda.

O Sr. Des. Manoel Mendes Carli. (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, vencida a relatora.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relatora, a Exma. Sra. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Des. Paschoal Carmello Leandro e Des. Manoel Mendes Carli.

Campo Grande, 14 de fevereiro de 2017.

***

Seção Criminal
Revisão Criminal nº 1600783-57.2016.8.12.0000 - Rio Verde de Mato Grosso
Relator Des. Romero Osme Dias Lopes

EMENTA – REVISÃO CRIMINAL – ACUSADO QUE NÃO CONTAVA COM 21 ANOS À DATA DOS FATOS – ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA RECONHECIDA – REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PELA METADE – PRAZO SUPERIOR A 1 ANO E SEIS MESES DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA À SENTENÇA CONDENATÓRIA – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.

Verificado que o réu não contava com 21 anos completos na data do crime, é de ser reconhecida a atenuante da menoridade relativa.

Se entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória decorreu lapso temporal superior ao exigido por lei, impõe-se a extinção da punibilidade do agente, com base na pena imposta, conforme dispõem os artigos 109, V; 110, § 1º; e 115, todos do Código Penal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, Por unanimidade, deferir a Revisão Criminal.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2016.

Des. Romero Osme Dias Lopes - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tratam-se os presentes autos de revisão criminal interposta de próprio punho por Deivit Wilian Dias, condenado a uma pena de advertência acerca dos efeitos maléficos das drogas ilícitas, como incurso no art. 28, da Lei 11.343/06 (porte de drogas para uso) e a pena de 10 meses de detenção e 8 dias-multa, em regime inicialmente aberto, como incurso no artigo 12, da Lei 10.826/03 (posse irregular de munição de uso permitido), posteriormente substituída a pena corporal por duas penas restritivas de direitos consistente na prestação de serviço à comunidade ou à entidade pública e limitação interdição temporária de direitos, nos moldes a serem estipulados pelo juízo da execução.

Diante da evidente deficiência na inicial da revisão criminal, elaborada de próprio punho pelo requerente, que não veio acompanhada de qualquer documento, foi determinado o encaminhamento dos autos à Procuradoria-Geral da Defensoria Pública Estadual com a finalidade de que esta nomeasse Defensor(a) Público(a) ao requerente, para eventual interposição de revisão criminal ou para tomar as medidas que entender necessárias.

A Defensoria Pública Estadual, com fulcro no artigo 621, incisos I e III, do Código de Processo Penal, apresentou defesa técnica, buscando (i) o reconhecimento da atenuante da menoridade relativa e, consequente (ii) prescrição da pretensão punitiva retroativa.

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela *"Procedência da revisional, nos termos do pedido de fls. 707/716"*.

VOTO

O Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes. (Relator)

A revisão deve ser julgada procedente.

A Defensoria Pública Estadual, com fulcro no artigo 621, incisos I e III, do Código de Processo Penal, apresentou defesa técnica, buscando (i) o reconhecimento da atenuante da menoridade relativa e, consequente (ii) prescrição da pretensão punitiva retroativa.

Sem muitas explicações antecipo que a razão encontra-se com o requerido.

1. Do reconhecimento da atenuante da menoridade.

Busca a defesa seja reconhecida a atenuante da menoridade relativa do requerente que, à época do fato possuía menos que 21 anos.

De fato, Deivit Willian Dias, nascido na data de 01.03.1993 – f. 59, possuía, à época dos fatos, 23/11/2013, 20 anos de idade.

Verifica-se ainda que o magistrado *a quo*, ao proferir sentença e o tribunal em sede de apelação criminal, nada mencionaram a respeito desta atenuante legal.

Assim, tenho por bem reconhecer a atenuante da menoridade relativa.

2. Do pretendido reconhecimento da prescrição.

Busca ainda a defesa seja reconhecida a prescrição da pretensão punitiva.

Por primeiro, cumpre destacar que com o reconhecimento da menoridade relativa do requerido a análise de prescrição passa a atender o disposto no art. 115, do CP. Eis o teor do referido dispositivo legal:

> *"Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos."*

A pena aplica ao mesmo (uma pena de advertência acerca dos efeitos maléficos das drogas ilícitas, como incurso no art. 28, da Lei 11.343/06 (porte de drogas para uso) e a pena de 10 meses de detenção e 8 dias-multa, em regime inicialmente aberto, como incurso no artigo 12, da Lei 10.826/03 (posse irregular de munição de uso permitido).

Conforme dispõe o art. 109, do CP a prescrição regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime. *In casu*, nos termos do inciso ,V do referido artigo, em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. Vejamos:

> *"Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:*
>
> *(...)*
>
> *V - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano."*

Logo, em razão da menoridade do requerente e do artigo 115, do Código Penal, forçoso entender que o prazo prescricional *in casu* é de 1 ano e 6 meses.

Com efeito, no presente caso, a denúncia foi recebida em 12/02/14, f. 115/116, e a sentença foi registrada em 28/10/15, f. 520, ou seja, entre o recebimento da denúncia e o registro da sentença (confeccionada 2 dias antes do seu registo) escoou-se prazo superior ao de 1 ano e 6 meses.

Logo, se entre o recebimento da denúncia e o registo da sentença condenatória decorreu lapso temporal superior ao exigido por lei, impõe-se a extinção da punibilidade do agente, com base na pena imposta, conforme dispõem os artigos 109, V; 110, § 1º; e 115, todos do Código Penal.

Nesse mesmo sentido a Procuradoria-Geral de Justiça:

> *"(...)*
>
> *II - MÉRITO*
>
> *II.1 Contrariedade ao artigo 65, inciso I, primeira parte, do Código Penal Dispõe o artigo 65, inciso I, do Código Penal que "são circunstâncias que sempre atenuam a pena: ser o agente menor de 21 (vinte e um) anos, na data do fato, ou manior de 70 (setenta) anos, na data da sentença".*
>
> *No caso em tela, observa-se que o requerente nasceu em 1 de março de 1993, conforme farta documentação nos autos, a exemplo dos documentos de fls. 54, 55 e 59, sendo que o fato criminoso foi cometido em 23 de novembro de 2013, conforme a peça acusatória de fls. 1/23.*
>
> *Assim, ao tempo do crime, o requerente possuía menos que 21 (vinte e um) anos de idade, o que impõe o reconhecimento da atenuante da menoridade prevista no artigo supracitado.*
>
> *Ocorre que tal atenuante não foi reconhecida pelo magistrado em sua sentença durante a 2ª fase dosimetria da pena do artigo 12 da Lei nº 10.826/03, veja-se (fls. 517):*
>
> *O réu confessou a prática do delito em tela em juízo, fazendo jus, portanto, ao reconhecimento da atenuante da confissão, prevista no artigo 65, III, "d", do Código Penal.*
>
> *Não há outras atenuantes ou agravantes a serem consideradas, razão pela qual fixo a pena intermediária em 10 meses de detenção e 8 dias.*
>
> *E ainda, tal atenuante não foi reconhecida no acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal no julgamento da respectiva Apelação Criminal, conforme trecho da ementa a seguir transcrita:*
>
> *"Apelação - Nº 0000154-91.2014.8.12.0042 Rio Verde de Mato Grosso*
>
> *Relator designado: Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques*
>
> *Apelante: Deivit Wilian Dias Advogado: Nancy Kelly de souza Almada Fonseca*
>
> *Apelante: Junior Fabio de Jesus Barbosa Advogado: Rosinaldo Paiva Dias*
>
> *Apelante: Mário Sergio de Oliveira Advogada: Fabíula Portilho Monteiro Klein*
>
> *Apelado: Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul*
>
> *Prom. Justiça: Matheus Carim Bucker*

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL - RECURSO DE DEIVIT WILIAN DIAS - ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006 E ART. 12 DO ESTATUTO DODESARMAMENTO - ABSOLVIÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 28 DA LEIDE DROGAS - IMPOSSIBILIDADE - ABSOLVIÇÃO DO DELITO PREVISTO NOART. 12 DA LEI N. 10.826/2006 - INADMISSIBILIDADE - RECURSO DESPROVIDO.Não há se falar em absolvição por insuficiência de provas quando os elementos de convicção coligidos durante a instrução processual se mostram suficientes no tocante à confirmação da materialidade e da autoria do fato delituoso, impondo-se,nessa hipótese, a manutenção da condenação.Apesar de não se tratar de tema unânime perante a jurisprudência,prevalece o entendimento de que a arma desmuniciada enseja a configuração de crime.Conforme precedentes do STJ, a posse de arma de fogo de uso permitido ou restrito,mesmo que desacompanhada de munição, enseja a intervenção penal. É que, na hipótese, estamos diante de crime de perigo abstrato e de mera conduta, que se perfaz com a simples posse da arma, sem a devida autorização pela autoridade competente,sendo desnecessária lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico. Ademais, a nãorealização de perícia nas munições apreendida não ilide a responsabilidade penal pela conduta a si imputada."

Ao lume destas premissas, é de se ver que a pretensão deduzida pelo requerente deve ser provida, especialmente porque ao aplicar a pena o magistrado, durante a segunda fase, foi contrário ao texto empresso do artigo 65, inciso I, da Lei Penal, não reconhecendo a atenuante genérica da menoridade.

No mesmo sentido, colaciona-se o seguinte acórdão: (TJ-SC - Revisão Criminal RVC 405661 SC 2009.040566-1 Data de publicação: 25/11/2009)

Ementa:

REVISÃO CRIMINAL. PENA. PLEITO CONDICIONADO À COMPROVAÇÃO DE ERRO TÉCNICO OU DE INJUSTIÇA EXPLÍCITA DO JULGADO. REDUÇÃO, NA SEGUNDA FASE DA DOSIMENTRIA, EM FACE DA ATENUANTE DA MENORIDADE DO AGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. RECONHECIMENTO QUE SE IMPÕE. ADEQUAÇÃO. PEDIDO DEFERIDO.

A redução da pena em revisão criminal está condicionada ao comprovado erro técnico ou à injustiça explícita do julgado, caracterizadores sempre, ainda que indiretamente, de violação do texto e/ou vontade da lei (TACrimSP, RVCrim 186.650, 5º Grupo Câms., Rel. Juiz Marrey Neto, RJDTACrimSP 6/250)" (Jesus, Damásio E. de, Código de processo penal anotado, 18. ed. atual., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 482). Se o agente tinha menos de vinte e um anos à época do cometimento do crime, impõe-se o reconhecimento da atenuante da menoridade, com a consequente adequação da reprimenda."

Assim, depreende-se que o quantum de diminuição da pena durante a segunda fase da dosimetria foi erroneamente estipulado pelo Juízo singular, o que justifica nova dosimetria e diminuição da pena de 10 (dez) meses de detenção e 8 dias-multa nesta instância.

II.1 Contrariedade ao artigo 115, do Código Penal

Nos termos do artigo 115, do Código Penal, quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, devem ser reduzidos em 1/2(metade) os prazos da prescrição, que é justamente o caso tela.

Conforme anteriormente exposto, o requerente nasceu em 1º de março de 1993, conforme farta documentação nos autos, a exemplo dos documentos de fls. 54, 55 e 59,

sendo que o fato criminoso foi cometido em 23 de novembro de 2013, conforme a peça acusatória de fls. 1/23.

Assim, ao tempo do crime, o requerente possuía menos que 21 (vinte e um) anos de idade, o que torna imperioso a aplicação do artigo supracitado.

Pois bem, em sendo a pena concreta dos autos inferior a 1 (um) anos, o prazo prescricional a ser observado seria de 3 (três) anos, nos termos do artigo 109, inciso VI, do Código Penal.

No entanto, em razão da menoridade do requerente e em obediência ao artigo 115, do Código Penal, há que se reconhecer que o prazo prescricional no caso tela é de 1 ano e 6 meses (metade de 3 anos).

Vertida a questão para os elementos dos autos, tem se que a denúncia foi recebida em 12 de fevereiro de 2014 (fls. 115/116) e a sentença foi registrada e publicada em 28 de outubro de 2015 (fls. 520) e, portanto, após o prazo prescricional de 1 ano e 6 meses (12 de agosto de 2015 prazo final).

Em caso semelhante, esse E. Tribunal de Justiça decidiu:

Revisão Criminal - Nº 1405538-11.2016.8.12.0000 – Campo Grande

Relator Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

EMENTA - REVISÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO - DECLARAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE - REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL MENORIDADE - POSSIBILIDADE - PEDIDO PROCEDENTE. Tendo sido reconhecida a menoridade do réu, sem redução da pena, por ter sido fixada no mínimo legal, operase a redução prevista no art. 115 do CP, para efeitos de prescrição. No caso, tendo o requerente sido condenado à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos, com a redução do prazo prescricional pela metade, face o reconhecimento da menoridade na época do fato (art. 115 do CP), e considerando que a pena de 1 (um), ou, sendo superior, não excede a 2 (dois), a prescrição é em 4 (quatro) anos, tendo o prazo prescrional ficado, com a referida redução, em 2 (dois) anos, tendo entre a publicação da sentença e o trânsito em julgado para a defesa transcorrido prazo superior a 2 (dois) anos, impõe-se a declaração da prescrição, com a consequente extinção da punibilidade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, deferir a Revisão Criminal.

Campo Grande, 13 de julho de 2016.

Nestes termos, assiste razão à defesa, sendo imperioso reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa quanto aos delitos cometidos pelo requerente e que foram objetos da ação penal nº 000011-05.2014.8.12.0042 (Comarca de Rio Verde de Mato Grosso-MS).

III CONCLUSÃO

Posto isso, requer esta Procuradoria de Justiça a procedência da revisional, nos termos do pedido de fls. 707/716.

(...)"

Posto isto, com o parecer ministerial, acolho a presente revisional, para reconhecer a atenuante da menoridade relativa em favor do requerido, bem como extinguir a punibilidade do requerido, com base na pena imposta, conforme dispõem os artigos 109, V; 110, § 1º; e 115, todos do Código Penal.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, deferiram a revisão criminal.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli

Relator, o Exmo. Sr. Des. Romero Osme Dias Lopes.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Romero Osme Dias Lopes, Des. Carlos Eduardo Contar, Des. Manoel Mendes Carli, Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Francisco Gerardo de Sousa, Desª. Maria Isabel de Matos Rocha e Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques.

Campo Grande, 14 de dezembro de 2016.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0005682-15.2013.8.12.0019 - Ponta Porã
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO IMPRÓPRIO – DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO NA SENTENÇA – POSSIBILIDADE – DÚVIDA SE A LUTA CORPORAL TINHA SOMENTE OBJETIVO DE FUGA OU PARA ASSEGURAR A IMPUNIDADE OU DETENÇÃO DA COISA – *IN DUBIO PRO REO* – DESCLASSIFICAÇÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

Se o objetivo do réu, ao entrar em luta corporal com a vítima, não era o de manter a posse das coisas, mas a de fugir do flagrante delito após ser perseguida pela vítima, deve-se operar a desclassificação da infração penal de roubo impróprio para furto.

Havendo dúvida se o objetivo era apenas de fuga pela perseguição da vítima ou para assegurar a impunidade ou detenção da coisa, a conclusão deve-se resolver em favor do réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, negar provimento, unânime.

Campo Grande, 13 de fevereiro de 2017.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O Ministério Público Estadual interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da comarca de Ponta Porã que condenou Júlio César Duarte pela tentativa do crime de furto previsto no art. 155, § 2º do CP, à pena de 2 meses e 20 dias de reclusão, regime aberto, e 26 dias-multa substituindo ap na privativa de liberdade por uma restritiva de direito consistente em prestação de serviços à comunidade.

Afirma que ofereceu denúncia contra o ora recorrido pela prática do crime de roubo previsto no art. 157, § 1º, 2º, I, c.c art. 14, II, todos do CP e alega que os fatos foram comprovados nos autos, insurgindo-se contra a desclassificação operada na sentença.

Requer a reforma da sentença para que os réu seja condenado nos termos da denúncia (p. 188-196).

As contrarrazões foram apresentadas (p. 198-205).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo provimento do recurso (p. 213-217).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público Estadual contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da comarca de Ponta Porã que condenou Júlio César Duarte pela tentativa do crime de furto previsto no art. 155, § 2º do CP, à pena de 2 meses e 20 dias de reclusão, regime aberto, e 26 dias-multa substituindo ap na privativa de liberdade por uma restritiva de direito consistente em prestação de serviços à comunidade.

Afirma que ofereceu denúncia contra o ora recorrido pela prática do crime de roubo previsto no art. 157, § 1º, 2º, I, c.c art. 14, II, todos do CP e alega que os fatos foram comprovados nos autos, insurgindo-se contra a desclassificação operada na sentença.

Requer a reforma da sentença para que os réu seja condenado nos termos da denúncia (p. 188-196).

As contrarrazões foram apresentadas (p. 198-205).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo provimento do recurso (p. 213-217).

O recurso deve não deve ser provido.

Narra a denúncia que no dia 25.10.2013, por volta das 17h50, na rua Duque de Caxias, 399, Centro, município de Ponta Porã, o recorrido tentou subtrair para si dois alicates, uma trena, duas chaves de boca, uma talhadeira, uma chave de fenda e ma marreta que estavam no imóvel e, após ser surpreendido, empregou violência e grave ameaça contra as vítimas Dalton e Cristiano, com o intuito de assegurar a posse da *res* e fugir do local dos fatos, não obtendo êxito, pois contido pelas vítimas até a chegada da polícia. Imputou-se a prática do crime tentado de roubo impróprio com emprego de arma (art. 157, §§ 1º e 2º, I, c.c art. 14, II, todos do CP).

O juízo singular desclassificou a imputação para tentativa de furto privilegiado, previsto no art. 155, § 2º, c.c art. 14, II, ambos do CP, sob os seguintes fundamentos:

> *A figura trazida na denúncia é a do roubo impróprio com causa de aumento consistente no uso de arma branca.*
>
> *Roubo impróprio porque o réu teria agido com violência para assegurar a detenção da coisa subtraída.*
>
> *O emprego, pelo réu, da chamada ponta de lança é uma questão que não ficou suficientemente comprovada. Os depoimentos das vítimas não foram claros sobre se o réu utilizou essa ponta de lança para ameaçar a vítima, aliás, pelas circunstâncias parece que o réu teve pouca chance de proferir qualquer ameaça, pois a vítima afirma ser militar que sabe se defender e além disso havia também alguns pedreiros que ajudaram a conter o réu. Acresça-se a isso que inexplicavelmente a tal arma não foi apreendida.*
>
> *Uma coisa é o ladrão fugir com a arma empregada e, nesse caso, mesmo assim reconhecer o emprego de arma. Outra coisa bem diferente é o ladrão ser detido por vários homens, com a chegada posterior da polícia, e não haver a apresentação no processo da referida arma branca. Fica, portanto descartado o uso da lança, posto que não há prova suficiente de seu emprego.*
>
> *Todavia, ainda que, em tese, tivesse ficado comprovado que o réu ameaçou a vítima com referida ponta de lança, essa conduta foi unicamente destinada a garantir sua fuga e*

não para assegurar a posse da coisa. Nesse caso não estão presentes os elementos do tipo do roubo impróprio, configurando-se então uma situação de furto e não de roubo.

Nesse sentido a jurisprudência mencionada na doutrina de Celso Delmanto: TACrSP, RT 536/343; TJPB, RT 726/720; TACrSP, RT 537/322 E tacRsp, rt 513/434.

Ainda nesse sentido a jurisprudência do egrégio Tribunal de Justiça desse estado na Apelação - Nº 0000040-55.2013.8.12.0021 - Três Lagoas

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL ROUBO IMPRÓPRIO PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO POSSIBILIDADE - LUTA CORPORAL COM OBJETIVO DE FUGA PENA REDIMENSIONADA - FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO RECURSO PROVIDO EM PARTE. Opera-se a desclassificação da infração penal de roubo impróprio para furto, se o objetivo do réu, ao entrar em luta corporal.

[...]

Conforme restou unanimemente demonstrado e consta da denúncia, a subtração não passou da esfera da tentativa.

[...].

Na classificação do delito em casos semelhantes há de ser analisada cada situação, sendo tênue as diferenças que conduzem ao reconhecimento de crime consumado de roubo impróprio ou furto seguido de eventual ameaça ou lesão corporal.

No precedente citado na sentença, Apelação nº 0000040-55.2013.8.12.0021 - Três Lagoas, o acusado já estava fugindo quando a vítima o perseguiu.

Na oportunidade citei a doutrina de Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso, que há muito ensinam que a conduta acima descrita não caracteriza o crime de roubo impróprio. Vejamos:

No tocante a esta segunda modalidade, o preceito legal já não menciona o emprego de outro qualquer meio impeditivo da resistência, além da violência física ou moral. Não há nisso, como pretende Magalhães de Noronha (ob. cit. pág. 180), uma omissão involuntária, mas, ao contrário, propositada. Como já ficou acentuado, a outro qualquer meio para anular a resistência da vítima de entender-se empregado disfarçadamente ou sem emprego de vias de fato contra a vítima, o que não se compadece, com a situação do ladrão que, surpreendido em flagrância ou quase-flagrância (o art. 302 do Cód. de Proc. Penal deve ser, aqui, chamado à colação), comente cuida de se salvar com instintiva violência e a apressuradamente, razão por que o Código, tendo tomado por modelo, nesse particular, o artigo 139 do estatuto suíço, não lhe foi entretanto, inteiramente fiel. (*In* Comentários ao Código Penal, volume VII. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 56).

No mesmo sentido vários julgamentos:

ROUBO IMPRÓPRIO. NÃO CARACTERIZADO. LUTA CORPORAL COM OBJETIVO DA FUGA. Confirma-se a desclassificação da infração penal de roubo impróprio para furto qualificado, porque o objetivo das embargantes, ao entrar em luta corporal com os seguranças do estabelecimento comercial, não era o de manter a posse das coisas, mas a de fugir do flagrante delito. Situação racionalmente compatível com os fatos, porque não se crê que duas mulheres resolvessem enfrentar homens, aqui ali estavam para detê-las, com o objetivo para assegurar a subtração de frascos de produtos para os cabelos. A intenção, repetindo, era apenas a de fugir do local, evitando a prisão.

DECISÃO: Embargos infringentes acolhidos. Por maioria. (Embargos Infringentes Nº 70023644479, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 18/04/2008)

Ementa: APELAÇÃO-CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO IMPRÓPRIO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO. RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO CABIMENTO NO CASO DOS AUTOS. APLICAÇÃO DA PENA. Reconstituição fático-probatório que autoriza a desclassificação do roubo impróprio para o furto simples na forma tentada, pois que a violência empregada pelo réu foi em momento posterior à desistência da posse sobre a res furtivae, quando já empreendia fuga. Caso em que a iteratividade do comportamento do réu na seara do crime afasta a hipótese de aplicação do princípio da insignificância. Condenação nesta esfera impõe aplicação de pena. Apelação provida, Em parte. (Apelação Crime Nº 70053363933, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 04/04/2013)

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. CONCURSO DE AGENTES. ROUBO IMPRÓPRIO NÃO DEMONSTRADO. POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE REAÇÃO DEFENSIVA DOS AGENTES AO SEREM PERSEGUIDOS NO MOMENTO DA FUGA. DESCLASSIFICAÇÃO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA ALTERADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. Materialidade e autoria delitivas comprovadas. A prova demonstra que o réu e um comparsa não identificado subtraíram a pasta e a frente descartável de um auto-rádio/CD, que estavam dentro do veículo da vítima, que, por descuido, havia deixado o veículo aberto. Desclassificação. Roubo impróprio não comprovado. Furto qualificado tentado. A vítima ao aperceber-se da subtração, perseguiu os agentes em seu veículo, auxiliado por dois conhecidos e estes, ao se sentirem cercados, reagiram com pedras, vindo o réu a atingir o rosto da vítima, causando-lhe lesões corporais. Como a prova não mostrou, de forma segura, que a reação do réu e de seu comparsa foi para garantir a posse da "res furtiva" - havendo informação nos autos que já havia sido largada ao solo , existindo elementos a indicar que agiram em legítima defesa, pois se sentiram cercados pelos três homens que os perseguiram, cabível a desclassificação da conduta do réu para os lindes do art. 155, inc. IV c/c o art. 14, inc. II, ambos do CP, pois não se demonstra a prática de roubo impróprio e sim de furto qualificado tentado. Dosimetria da pena. (...). Apelação defensiva provida. Extinção da punibilidade declarada de ofício. Maioria. (Apelação Crime Nº 70054171947, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 27/06/2013)

Nesse caso, há dúvida se os fatos se deram da mesma forma, com a vítima perseguindo o acusado, ou se foi o acusado que a atacou para assegurar impunidade do crime ou a detenção da coisa.

A vítima Dalton (áudio-vídeo, p. 93) afirma que depois de o acusado ter subtraído alguns pertences da obra, quando ainda estava lá dentro, alguns pedreiros fizeram barulho nos fundos para que ele se assustasse, quando então de lá saiu e na hora de tentar fugir *"veio com a lança pra cima de mim",* porém, em seguida relata que "eu fui agarrar ele, que caiu no chão", quando os pedreiros vieram ajudar a segurá-lo.

Ressalto que referida lança não foi apreendida nos autos, conforme bem apontado na sentença.

Portanto, a dúvida deve beneficiar o réu, de modo que a sentença desclassificatória deve ser mantida.

Ante o exposto, contra o parecer, encaminho voto no sentido de negar provimento ao recurso do Ministério Público Estadual.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Negaram provimento, unânime.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Carlos Eduardo Contar

Relator, o Exmo. Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Des. Ruy Celso Barbosa Florence, Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques e Des. Carlos Eduardo Contar.

Campo Grande, 13 de fevereiro de 2017.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0003739-10.2015.8.12.0013 - Jardim
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÃO CRIMINAL – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA – INSURGÊNCIA MINISTERIAL – PEDIDO DE CONDENAÇÃO PELO CRIME DE FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO OU DE OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE OU DE VULNERÁVEL (ART. 218-B DO CP) – OFERECIMENTO DE DINHEIRO EM TROCA DE FAVOR SEXUAL – AUSÊNCIA DE HABITUALIDADE – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – RECURSO NÃO PROVIDO.

A conduta de oferecer dinheiro em troca de um favor sexual não se enquadra no tipo penal do art. 218-B do Código Penal, pois a prostituição e a exploração sexual de menores e vulneráveis se imbricam com a ideia da habitualidade que, no caso, inexistiu, impondo-se a manutenção da absolvição.

Apelo não provido, contra o parecer.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os juízes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, contra o parecer, negar provimento ao recurso.

Campo Grande, 28 de novembro de 2016.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O Ministério Público Estadual interpõe apelação criminal (p. 208-220) com o objetivo de reformar a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Jardim (p. 193-196), que absolveu I. G. de F. quanto à imputação do crime tipificado no art. 218-B do Código Penal (favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável).

Pede o *parquet*, em suma, a condenação do apelado sob as alegações de que a conduta denunciada se amolda ao tipo penal e que existem provas suficientes da prática delitiva.

As contrarrazões defensivas (p. 222-229) vertem-se pela manutenção da sentença.

Em parecer lançado às p. 237-242, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do apelo.

Caso não prevaleçam os respectivos posicionamentos, a acusação e a PGJ elaboram pedido de manifestação expressa sobre a violação de dispositivos legais, para fins de prequestionamento.

Distribuição por sorteio (p. 231).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

O Ministério Público Estadual interpõe apelação criminal (p. 208-220) com o objetivo de reformar a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Jardim (p. 193-196), que absolveu I. G. de F. quanto à imputação do crime tipificado no art. 218-B do Código Penal (favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável).

Pede o *parquet*, em suma, a condenação do apelado sob as alegações de que a conduta denunciada se amolda ao tipo penal e que existem provas suficientes da prática delitiva.

As contrarrazões defensivas (p. 222-229) vertem-se pela manutenção da sentença.

Em parecer lançado às p. 237-242, a Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo provimento do apelo.

Caso não prevaleçam os respectivos posicionamentos, a acusação e a PGJ elaboram pedido de manifestação expressa sobre a violação de dispositivos legais, para fins de prequestionamento.

Ao recurso deve se negar provimento.

Narrou a acusação que:

> *(...) Consta dos inclusos autos que, no dia 28 de novembro de 2015, por volta das 19h:45min, na Rua Ovideo Paulo de Oliveira, Centro, próximo ao supermercado Costa Vila Industrial, na cidade de Guia Lopes de Laguna, o denunciado Ivonil Gomes de Freitas, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, induziu e atraiu à prostituição e exploração sexual a adolescente (D. V. C.), de apenas 12 (doze) anos de idade.*
>
> *Segundo se apurou do presente Inquérito Policial, no dia supracitado a vítima (D. V. C.) havia se deslocado até a casa de uma amiga, de nome (L.), para tomar tereré. Assim, no momento em que (D. V. C.) estava sentada na frente da casa de sua amiga o autor dos fatos apareceu no local e abordou a vítima com os seguintes dizeres: 'Quero te dar R$ 100,00 para te comer e te estuprar'.*
>
> *Diante da proposta, a vítima se levantou e foi chamar seu tio (A.) que, naquele momento, trabalhava ao lado da residência onde estavam. De pronto, o tio da adolescente veio tirar satisfações com o denunciado que, ainda, tentou fugir adentrando no Mercado Costa, mas foi contido até a chegada dos Policiais Militares.*
>
> *Em razão disso, o tio de (D. V. C.) foi tirar satisfação com Ivonil, que empreendeu fuga até o Mercado Costa. Diante disso, a Polícia Militar foi acionada, e o denunciado Ivonil foi contido pelo tio da vítima até a chegada dos policiais, que posteriormente lhe encaminharam até a Delegacia de Polícia Civil de Jardim onde foi preso em razão de um mandado de prisão em aberto, bem como em razão da prática do crime narrado.*
>
> *Ao ser interrogado, o denunciado I. G. de F. negou os fatos e alegou que no dia supracitado sequer viu ou falou com alguma menina. Contudo, o autor também afirmou que nesse mesmo dia estava com cerca de R$ 600,00 (seiscentos reais) no bolso, e no momento em que os policiais lhe abordaram, ele estava muito embriagado sendo que quase nem conseguia falar (fl. 11).*
>
> *Por fim, sobejam os autos de indícios de autoria e prova de materialidade delitivas, conforme auto de prisão em flagrante de fls. 02-18, Boletins de Ocorrência de fls. 19-22, bem como pelos depoimentos colhidos pela Autoridade Policial.*

> *Ante o exposto, o Ministério Público Estadual oferece denúncia em desfavor de I. G.de F. como incurso nas penas do art. 218-B do Código Penal, (...)"*

Encerrada a instrução criminal, sobreveio a sentença que absolveu o acusado, fundamentando o magistrado singular inexistir evidência de que aquele tenha, de fato, submetido, induzido ou atraído a vítima à prostituição, e se houve alguma intenção por parte do increpado, a mesma não chegou a se concretizar, restando adstrita a uma única e mera abordagem, não incidindo no tipo penal em tela.

Pois bem.

A despeito do esforço ministerial, o édito absolutório é irreprochável.

O crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável está previsto no art. 218-B do Código Penal, com esta redação:

> *Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:*
>
> *Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. (...)*

Analisando os núcleos do tipo, o festejado Guilherme de Souza Nucci tece as seguintes considerações:

> *(...) submeter (subjugar, dominar, sujeitar alguém a algo), induzir (dar a ideia, sugerir) ou atrair (seduzir, chamar a atenção de alguém para algo) são os verbos alternativos, cujo objeto é a prostituição ou outra forma de exploração sexual de pessoa menor de 18 anos ou que, em virtude de enfermidade ou deficiência mental, não tenha o discernimento necessário para a prática do ato. A segunda parte do tipo penal prevê as seguintes condutas alternativas: facilitar (tornar acessível ou à disposição); impedir (obstar, colocar qualquer obstáculo) ou dificultar (tornar algo complicado). A primeira delas (facilitar) diz respeito à prostituição ou outra forma de exploração sexual, de modo que, num primeiro momento, parece estar mal colocada nesta parte do tipo, devendo integrar o primeiro cenário, junto com os verbos submeter, dominar, induzir e atrair. Porém, o objetivo almejado foi o seguinte: na primeira parte, o agente capta a vítima, inserindo-a na prostituição ou outra forma de exploração sexual; na segunda parte, já no universo da prostituição ou outra forma de exploração sexual, parte o agente para a mantença da vítima nesse cenário, facilitando a sua permanência ou de algum modo impedindo ou dificultando. Os outros verbos (impedir e dificultar) ligam-se ao abandono da prostituição ou outra forma de exploração sexual. De toda forma, o conjunto das condutas descritas espelha um tipo misto alternativo: a prática de mais de duas condutas implica no cometimento de um só crime (...)* (*in* Código penal comentado: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada / V. Dig. – 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1230).

Por outro lado, quanto aos objetos dos verbos no tipo penal, esclarece o ilustre Cezar Roberto Bitencourt que a prostituição e a exploração sexual se imbricam com a ideia da habitualidade, diferindo-se uma da outra apenas no que se refere à contraprestação – na primeira existente, na segunda não – pela atividade sexual:

> *(...) Prostituição é o exercício habitual do comércio carnal (do próprio corpo), para satisfação sexual de indeterminado número de pessoas. O que caracteriza efetivamente a prostituição é a indeterminação de pessoas e a habitualidade da promiscuidade. (...) Na prostituição a vítima comercializa o seu corpo em troca de dinheiro ou de outros bens,*

> *como roupa, comida etc. É possível, contudo, que a vítima seja explorada sexualmente sem nada receber em troca, por isso, o legislador mencionou 'outra forma de exploração sexual' (...)* (*in* Tratado de direito penal, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública / V. Dig. – 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 130)

Em igual sentido, dispõe Cleber Masson que *"(...) prostituição é o comércio sexual exercido com habitualidade. A reiteração do comércio sexual é imprescindível – trata-se de atividade necessariamente habitual. (...)"*. Noutro giro, esclarece que *"a expressão 'exploração sexual' representa, na esfera dos crimes contra a dignidade sexual, um autêntico elemento normativo do tipo, de índole cultural, devendo seu conceito ser obtido mediante a valoração do intérprete da lei penal. (...)"* (*in* Código Penal comentado / V. Dig. 2. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 957).

De fato, a expressão *"*exploração sexual*"* é um conceito muito aberto e, em razão disso, é preciso cuidado diferenciado na sua interpretação, a fim de que não se permita uma indevida expansão na sua abrangência, ofendendo-se o princípio da taxatividade penal.

Nesse átimo, a meu ver, tenho que somente possa ser considerada *"*exploração sexual*"* condutas que guardem certa semelhança com *"*prostituição*"*, seja porque ambas expressões estão ligadas, no mesmo tipo penal, pela conjunção alternativa "ou" (indicando que são do mesmo gênero), como também porque a própria palavra *"*exploração*"* remete para a conclusão de que a ofensa ao bem jurídico tutelado seria reiterada.

Saliente-se, para que não haja dúvidas, que o tipo penal não exige a efetiva prática de qualquer ato sexual para se caracterizar. Porém, como visto alhures, é indispensável que, ao menos, as condutas se dirijam a esse fim de forma continuada, pois não há cogitar em prostituição ou exploração sexual sem a habitualidade.

Logo, como bem asseverou o sentenciante, embora moralmente reprovável, a conduta do acusado não se enquadrou no tipo penal pelo qual foi denunciado, porquanto, estando embriagado na rua, ofereceu dinheiro à pessoa menor de idade para com ela ter, não várias, mas uma única relação sexual.

Veja-se, destarte, que não houve comprovação de convite para integrar prostíbulos e afins, tampouco se constatou situação que comportasse a inferência de exploração sexual (pornografia infantil, turismo sexual ou tráfico para fins sexuais)[1], pelo que a única solução cabível é a absolvição do apelado quanto ao delito do art. 218-B do CP, em atenção ao princípio da presunção de inocência e da regra do *in dubio pro reo*.

Nesse sentido, é percuciente o precedente jurisprudencial mencionado na sentença:

> *EMENTA. APELAÇÃO CRIMINAL. FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL. ART. 218-B, § 2.º, I. CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO. CONDUTA ATÍPICA. ACOLHIMENTO. RÉU QUE PAGAVA PARA PRATICAR ATO LIBIDINOSO COM MENOR DE DEZOITO E MAIOR DE QUATORZE ANOS. VÍTIMA QUE NÃO ESTAVA SENDO SUBMETIDA, INDUZIDA OU ATRAÍDA À PROSTITUIÇÃO OU EXPLORAÇÃO SEXUAL POR TERCEIRO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. Para a configuração do delito previsto no art. 218-B, § 2.º, I, do Código Penal, faz-se necessária a comprovação de que o menor de 18 e maior de 14 anos estivesse inserido em alguma das situações previstas no caput do mesmo dispositivo legal. Assim, se não há provas de a vítima estar sendo submetida, induzida ou atraída à prostituição ou a outra forma de exploração sexual por terceiro,*

1 Situações vislumbradas, afora a prostituição infantil, como sendo de exploração sexual no 1º Congresso Mundial sobre Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes, realizado em 1998, em Estocolmo, na Suécia. Conferir, para tanto, cartilha do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/Cap_03.pdf>. Acesso em: 3 de novembro de 2016.

> *ou que este estivesse facilitando tal condição, ou mesmo impedindo ou dificultando que a vítima a abandonasse, o fato de o réu pagar para manter contato sexual com o adolescente não constitui ilícito penal. Recurso Provido.* APR 20130256690 SC 2013.025669-0 (Acórdão) Relator(a): Roberto Lucas Pacheco. Julgamento: 04/06/2014.

Recobro, na esteira do que leciona Aury Lopes Júnior, que *"ninguém pode ser condenado a partir de meros indícios, senão que a presunção de inocência exige prova robusta para um decreto condenatório. Pensar o contrário significa desprezar o sistema de direitos e garantias previstos na Constituição, bem como situar-se na contramão da evolução do processo penal"*.

O doutrinador continua o escólio destacando a importância do princípio da presunção de inocência em processo penal pautado em garantias constitucionais:

> *No Brasil, a presunção de inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição, sendo o princípio reitor do processo penal e, em última análise, podemos verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância (eficácia).*
>
> *Tal é a sua relevância que Amilton b. de Carvalho afirma que 'o Princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é 'pressuposto' – para seguir Eros –, nesse momento histórico, da condição humana'*
>
> *A presunção de inocência é, ainda, decorrência do princípio da jurisdicionalidade, como explica Ferrajoli, pois, se a jurisdição é a atividade necessária para obtenção da prova de que alguém cometeu um delito, até que essa prova não se produza mediante um processo regular, nenhum delito pode considerar-se cometido e ninguém pode ser considerado culpado nem submetido a uma pena.*
>
> *Segue o autor explicando que é um princípio fundamental da civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade e algum culpável. Isso porque, ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.*
>
> *Se é verdade que os cidadãos estão ameaçados pelos delitos, também o estão pelas penas arbitrárias, fazendo com que a presunção de inocência não seja apenas uma garantia de liberdade e de verdade, senão também uma garantia de segurança (ou defesa social), enquanto segurança oferecida pelo Estado de Direito e que se expressa na confiança dos cidadãos na Justiça. É uma defesa que se oferece ao arbítrio punitivo. Destarte, segue Ferrajoli, o medo que a Justiça inspira nos cidadãos é signo inconfundível de perda da legitimidade política da jurisdição e, ao mesmo tempo, de sua involução irracional e autoritária.*
>
> *(...)*
>
> *Sob a perspectiva do julgador, a presunção de inocência deve(ria) ser um princípio da maior relevância, principalmente no tratamento processual que o juiz deve dar ao acusado. Isso obriga o juiz não só a manter uma posição 'negativa' (não o considerando o culpado), mas sim ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente).*
>
> *Podemos extrair da presunção de inocência que a formação do convencimento do juiz deve ser construído em contraditório (Fazzalari), orientando-se o processo, portanto, pela estrutura acusatória que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (...)*
>
> *Por tudo isso, a presunção de inocência, enquanto princípio reitor do processo penal, deve ser maximizada em todas suas nuances, mas especialmente no que se refere*

> *à carga da prova (regla del juicio) e às regras de tratamento do imputado (limites à publicidade abusiva [estigmatização do imputado] e à limitação do (ab)uso das prisões cautelares.*
>
> *A presunção de inocência afeta, diretamente, a carga da prova (inteiramente do acusador), diante da imposição do in dubio pro reo); (...)*
>
> *Em suma: a presunção de inocência impõe verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.*
>
> *Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – primeiramente – ao juiz – determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; (...)"* (*in* Direito Processual Penal. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014)

Não por outro motivo a jurisprudência pátria já assentou que *"o decreto de condenação impõe, como imperativo ético-legal, a plena convicção (e não qualquer convicção). Ou seja, somente prova hábil, séria, definitiva, incontestável, destruidora de todas as hipóteses defensivas tem o condão de abalar o primado da inocência"*. (Apelação Crime Nº 70049217607, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 04/07/2012) (destaquei).

No Brasil, estas exigências são fruto do dever de respeito ao que preceitua o art. 8º, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos "*Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*" e no art. 5º, LVII, da Constituição Federal "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*", consagrando o princípio da presunção de inocência, que deve ser levado a efeito também em razão da manifestada opção democrática pela liberdade decorrente de um Direito Penal mínimo, como explica Alexandre Morais da Rosa:

> *Essa certeza/racionalidade buscada pelos Sistemas, divide-se, consoante cada modelo – máximo ou mínimo -, na seguinte opção segundo Ferrajoli: enquanto para o modelo máximo a certeza deve impedir que "nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido", no caso do direito penal mínimo, a atuação se dá no sentido de que "nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune". Para o modelo penal mínimo, apesar da previsão em lei do tipo penal, somente se comprovada processualmente a conduta é poderá se impor uma sanção, levando a sério a 'presunção de inocência.' De outra face, o modelo penal máximo golpeia essa garantia, na ilusão de colher nas malhas do direito penal todos os culpados.* (Guia Compacto do Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. 40 p).

É a inocência o estado natural, e portanto presumido, do ser humano, devendo assim ser considerado até que prova válida e robusta seja produzida em seu desfavor. Essa é a compreensão que se extrai das claras lições de Guilherme Nucci:

> *O sentenciado pela prática de inúmeras infrações penais, que deve cumprir várias penas, pode ser considerado culpado para todos esses casos, em decorrência de sentenças condenatórias com trânsito em julgado. Porém, nada lhe retira o estado natural de inocência, quando, por ventura, for acusado da prática de outros delitos. O estado de inocência é indisponível e irrenunciável, constituindo parte integrante da natureza humana, merecedor de absoluto respeito, em homenagem ao princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana. Eis por que se presume a inocência, vale dizer, supõe-se, de antemão, qualquer indiciado ou réu é não culpado. Está-se privilegiando seu estado natural. Noutros termos, a inocência é a regra; a culpa, a exceção. Portanto, a busca pelo*

> *estado excepcional do ser humano é ônus do Estado, jamais do indivíduo. A presunção de inocência tem alvo certo e principal: o dever de provar a culpa é do órgão acusatório, pouco importando quem o constitui. Naturalmente, provoca efeitos secundários, não menos relevantes: a restrição a direitos individuais somente pode dar-se, contra o inocente, em situações excepcionais; nenhuma anotação criminal comprometedora, feita por órgão estatal, pode prejudicar o inocente; a intervenção penal estatal deve ser mínima, pois a inocência é o estado natural das pessoas.(...)*
>
> *Sob o ponto de vista de respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, torna-se essencial cessar o infundado entendimento de que à acusação o fato básico, entendendo-se como tal o fato típico; outras alegações, muitas delas defensivas, como as excludentes de ilicitude ou culpabilidade, seriam ônus do réu. O órgão acusatório precisa demonstrar, como alegação fruto da inicial, a ocorrência do crime e de sua autoria. Portanto, cabe-lhe imputar ao acusado a prática de um fato típico, antijurídico e culpável.* (Princípios constitucionais penais e processuais penais, 2 ed. São Paulo: RT, 2012. 264-266 p.).

E arremata asseverando que "*gerada a dúvida razoável no espírito do julgador, ingressa o princípio da prevalência do interesse do réu, devendo haver absolvição*" (*Ibidem, 267 p.*).

Sobre ônus da acusação em produzir prova *beyond all reasonable doubt*, ou seja, que sobreponha qualquer dúvida razoável, são percucientes os ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes, cujo voto foi transcrito no Informativo do Supremo Tribunal de n. 768 (17 a 21 de novembro de 2014), a fim de proporcionar aos leitores uma compreensão mais aprofundada do pensamento daquele Sodalício:

> *(...) É preciso sempre relembrar que as limitações à atividade persecutório-penal do Estado traduzem garantias constitucionais insuprimíveis que a ordem jurídica confere ao suspeito, ao indiciado e ao acusado, com a finalidade de fazer prevalecer o seu estado de liberdade em razão do direito fundamental – que assiste a qualquer um – de ser presumido inocente.*
>
> *Cumpre ter presente, bem por isso, neste ponto, em face de sua permanente atualidade, a advertência feita por rui barbosa ('Novos Discursos e Conferências', p. 75, 1933, Saraiva), no sentido de que 'Quanto mais abominável é o crime, tanto mais imperiosa, para os guardas da ordem social, a obrigação de não aventurar inferências, de não revelar prevenções, de não se extraviar em conjecturas (...)'.*
>
> *Não podemos desconhecer que o processo penal, representando uma estrutura formal de cooperação, rege-se pelo princípio da contraposição dialética, que, além de não admitir condenações judiciais baseadas em prova alguma, também não legitima nem tolera decretos condenatórios apoiados em elementos de informação unilateralmente produzidos pelos órgãos da acusação penal. A condenação do réu pela prática de qualquer delito – até mesmo pela prática de uma simples contravenção penal – somente se justificará quando existentes, no processo, e sempre colhidos sob a égide do postulado constitucional do contraditório, elementos de convicção que, projetando-se 'beyond all reasonable doubt' (além, portanto, de qualquer dúvida razoável), veiculem dados consistentes que possam legitimar a prolação de um decreto condenatório pelo Poder Judiciário.*
>
> *O entendimento que venho de referir encontra apoio em autorizado magistério doutrinário (Eduardo Espínola Filho, 'Código de Processo Penal Brasileiro Anotado', vol. IV/126-127, item n. 765, 3ª ed., 1955, Borsoi; Julio Fabbrini Mirabete, 'Código de Processo Penal Interpretado' p. 1.004, item n. 386.3, 11ª ed., 2003, Atlas; Guilherme De Souza Nucci, 'Código de Processo Penal Comentado', p. 679, item n. 48, 5ª ed., 2006,*

RT), valendo referir, no ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho ('Código de Processo Penal Comentado', vol. I/655, item n. VI, 5ª ed., 1999, Saraiva):

(...) Para que o Juiz possa proferir um decreto condenatório é preciso haja prova da materialidade delitiva e da autoria. Na dúvida, a absolvição se impõe. Evidente que a prova deve ser séria, ao menos sensata. Mais ainda: prova séria é aquela colhida sob o crivo do contraditório. Na hipótese de, na instrução, não ter sido feita nenhuma prova a respeito da autoria, não pode o Juiz louvar-se no apurado na fase inquisitorial presidida pela Autoridade Policial. Não que o inquérito não apresente valor probatório; este, contudo, somente poderá ser levado em conta se, na instrução, surgir alguma prova, quando, então, é lícito ao Juiz considerar tanto as provas do inquérito quanto aquelas por ele colhidas, mesmo porque, não fosse assim, estaria proferindo um decreto condenatório sem permitir ao réu o direito constitucional do contraditório. (...).'(grifei)

Em suma: a análise dos elementos de informação contidos neste processo leva-me a reconhecer a inexistência de prova penal convincente e necessária que permita, de modo seguro, a formulação de um juízo de certeza quanto à culpabilidade do ora acusado, no que concerne ao teor da imputação penal contra ele deduzida.

Sendo assim, consideradas as razões por mim expostas e tendo em vista, ainda, os votos dos eminentes Ministro Relator e Ministra Revisora, também julgo improcedente a presente ação penal, para, em consequência, absolver o réu, **, da imputação penal contra ele deduzida (...)" (AP 858/DF, DJe 7.11.2014, destaques posteriores)."

No que tange ao prequestionamento, em consonância ao entendimento jurisprudencial sobre o tema, entendo que não está o órgão julgador compelido a refutar cada uma das teses e dispositivos legais apontados pelas partes, especialmente se resultam expressa ou implicitamente repelidos, nesta última hipótese, por incompatibilidade com os fundamentos contidos neste voto, os quais tenho por suficientes para solução da questão.

Diante do exposto, contra o parecer, encaminho voto no sentido de negar provimento ao apelo ministerial, mantendo incólume a absolvição de Ivonil Gomes de Freitas.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, negaram provimento ao recurso.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

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. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 28 de novembro de 2016.

***

2ª Câmara Criminal
Apelação nº 0035083-45.2015.8.12.0001 - Campo Grande
Relator Des. Ruy Celso Barbosa Florence

EMENTA – APELAÇÕES CRIMINAIS – DEFESA E MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL – CRIME DE DANO – AUSÊNCIA DE DOLO – INTENÇÃO DE FUGA – ATIPICIDADE – ABSOLVIÇÃO MANTIDA – CRIME DE ROUBO – CONSUMAÇÃO COMPROVADA – INVERSÃO DA POSSE DO BEM – CONDENAÇÃO MANTIDA – REGIME PRISIONAL FECHADO – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

O crime previsto no art. 163, III do CP exige para a sua caracterização o dolo específico de causar prejuízo ao bem público, o que não se demonstra no caso do réu que, logo após subtrair um celular da vítima mediante violência, danifica obstáculo com a intenção de fugir do local.

Pela teoria da *apprehensio ou amotio*, aplicável ao caso, a consumação do crime de roubo se dá com a inversão da posse sobre o bem, não se exigindo que seja mansa, pacífica ou por longo período.

Se a fixação do regime prisional obedece aos preceitos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, não há como ser modificado.

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, negar provimento ao recurso acusatório e, com o parecer, negar provimento ao recurso defensivo.

Campo Grande, 5 de dezembro de 2016.

Des. Ruy Celso Barbosa Florence - Relator

RELATÓRIO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence.

O Ministério Público Estadual interpõe recurso de apelação contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande que julgou parcialmente procedente a denúncia oferecida contra Evandro Fernandes da Silva, absolvendo-o da imputação pela prática do crime de dano qualificado (art. 163, III, do CP), por atipicidade da conduta, e condenando-o apenas pela prática do crime de roubo (art. 157, *caput*, do CP) às penas de 13 dias-multa e 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime prisional fechado.

Busca a condenação do réu nas penas do crime de dano qualificado (p. 171-175), alegando, em síntese, que não há falar em insignificância, pois o réu é reincidente e causou os danos comprovados nos autos.

Contra a mesma decisão recorre o réu Evandro Fernandes da Silva pugnando pelo reconhecimento de que sua conduta não se consumou. Requer a desclassificação da conduta para forma tentada, com redução da pena no máximo legal, o abrandamento do regime prisional para o sistema semiaberto (p. 188-197).

As contrarrazões foram apresentadas pela defesa (p.180-187) e pelo órgão ministerial (p. 201-207).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo provimento do recurso do Ministério Público e pelo não provimento do recurso defensivo (p. 215-229).

VOTO

O Sr. Des. Ruy Celso Barbosa Florence. (Relator)

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público Estadual e por Evandro Fernandes da Silva contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Campo Grande que julgou parcialmente procedente a denúncia oferecida contra o réu ora recorrente, absolvendo-o da imputação pela prática do crime de dano qualificado (art. 163, III, do CP), por atipicidade da conduta, e condenando-o apenas pela prática do crime de roubo (art. 157, *caput*, do CP) às penas de 13 dias-multa e 4 anos e 2 meses de reclusão, em regime prisional fechado.

O *Parquet* busca a condenação do réu nas penas do crime de dano qualificado (p. 171-175), alegando, em síntese, que não há falar em insignificância, pois o réu é reincidente e causou os danos comprovados nos autos.

A defesa pugna pelo reconhecimento de que sua conduta não se consumou. Requer a desclassificação da conduta para forma tentada, com redução da pena no máximo legal, o abrandamento do regime prisional para o sistema semiaberto (p. 188-197).

As contrarrazões foram apresentadas pela defesa (p.180-187) e pelo órgão ministerial (p. 201-207).

O parecer da Procuradoria de Justiça é pelo provimento do recurso do Ministério Público e pelo não provimento do recurso defensivo (p. 215-229).

Ambos os recursos não devem ser providos.

Narra a denúncia que no dia 28.8.2015, por volta das 21h30, dentro de um ônibus de transporte coletivo, na Av. Cônsul Assaf Trad, Bairro Novos Estados, nesta Capital, o ora recorrente subtraiu para si, mediante violência, um aparelho celular Samsung GT, avaliado em R$ 500,00. Consta, ainda, que na mesma data, hora e local, o denunciado deteriorou um ônibus de transporte coletivo, bem público, quebrando a janela de vidro do veículo.

Do recurso do Ministério Público Estadual:

Inviável o acolhimento da pretensão ministerial de condenação do réu pela prática de crime contra o patrimônio.

Ao contrário do que afirma, o magistrado singular não absolveu o réu da referida imputação por aplicação do princípio da insignificância, mas por ausência de dolo, vejamos:

> *(...) De outro lado,em relação ao crime de dano qualificado tenho que a absolvição do réu é medida que se impõe. Com efeito, do laudo pericial de fls. 147-150 consta que uma das portas do coletivo no interior do qual o roubo ocorreu, sofreu "dano de pequena monta" (fls. 150). Todavia,* ***não há a presença do elemento subjetivo do tipo (dolo de danificar) a justificar, então, a condenação do réu por este crime****. Ele, ouvido, no que foi acompanhado pelo que relatou a vítima, esclareceu que tentou fugir do ônibus para não ser apanhado pelas pessoas que lá estavam e que, para isso,*

> *quebrou pequena parte de uma das portas de vidro do veículo, deixando claro, então, que agiu, exclusivamente, com intenção de fuga e exercício do direito natural de preservação da liberdade e da própria integridade física (para não ser agredido fisicamente, o que ocorreu, aliás, ao depois). Foi exatamente neste mesmo sentido o relato da vítima nesta audiência. Por dita razão, ausente o dolo no cometimento deste crime, a absolvição do réu é medida que se impõe.* (G.N.) (p. 152).

A sentença deve ser mantida.

O crime previsto no art. 163, III do CP exige para a sua caracterização o dolo específico de causar prejuízo ao bem público, o que não se demonstrou no caso do réu que logo após subtrair um celular da vítima mediante violência, danificou obstáculo, no caso a porta de vidro do ônibus que havia sido fechada pelo motorista, com a intenção de fugir do local.

Conforme bem apontado na sentença, a intenção do réu comprovada nos autos quanto ao dano empregado contra a porta de vidro do ônibus foi para fugir, a vítima foi clara ao afirmar que quando o motorista do ônibus foi para cima do réu, este *"com o susto, ele deu um chute na porta, para escapar"*, ficando com parte do corpo preso até que conseguiu se soltar e foi perseguido.

A decisão encontra-se em consonância com a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Senão vejamos:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANO QUALIFICADO. DELITO COMETIDO POR PRESO, COM A FINALIDADE DE FUGA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. CONDUTA ATÍPICA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. O aresto objurgado alinha-se a entendimento pacificado neste Sodalício no sentido de que o dano praticado contra estabelecimento prisional, em tentativa de fuga, não configura fato típico, haja vista a necessidade do dolo específico de destruir, inutilizar ou deteriorar o bem, o que não ocorre quando o objetivo único da conduta é fugir. 2. Incidência do óbice do Enunciado n.º 83 da Súmula do STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional.3. Não tendo a insurgente apontado qualquer julgado recente desta Corte Superior capaz de desconstituir a conclusão da decisão ora objurgada, esta deve ser mantida por seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no AREsp 578.521/GO, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 11/10/2016, DJe 26/10/2016)

> *RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DANO PRATICADO CONTRA O PATRIMÔNIO PÚBLICO. TENTATIVA DE EVASÃO DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. DOLO ESPECÍFICO. AUSÊNCIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO. RECURSO PROVIDO. 1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o delito de dano ao patrimônio público, quando praticado por preso para facilitar a fuga do estabelecimento prisional, demanda a demonstração do dolo específico de causar prejuízo ao bem público. (Precedentes.) 2. Na espécie, os presos danificaram as celas 1 e 2, retirando barra de ferro do banheiro com o objetivo de arrombar a grade que ligava o corredor ao pátio do estabelecimento prisional. 3. Os termos da denúncia e os depoimentos coletados durante a investigação policial demonstram que o dano ao patrimônio público fora praticado pelo recorrente com o objetivo único de evadir-se do estabelecimento prisional. Desse modo, não havendo elementos a demonstrar o dolo específico necessário à configuração do delito descrito no art. art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal, impõe-se o reconhecimento da atipicidade da conduta. 4. Recurso ordinário provido para declarar atípica a conduta e extinguir a Ação Penal n. 0000929-96.2011.8.02.0040, Vara Única da Comarca de Atalaia.* (RHC 56.629/AL, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 30/06/2016, DJe 01/08/2016)

Por conseguinte, sendo manifestamente atípica a conduta daquele que danifica patrimônio público, sem *animus nocendi*, tão somente para fugir, solução outra não há senão manter a improcedência do pedido condenatório pelo crime de dano.

Do recurso de Evandro Fernandes da Silva:

O pedido de reconhecimento da modalidade tentada não tem como prosperar.

Pela teoria da *apprehensio ou amotio*, aplicável ao caso, a consumação do crime de roubo se dá com a inversão da posse sobre o bem, não se exigindo que seja mansa, pacífica ou por longo período, o que restou comprovado na hipótese.

Nesse sentido é pacífico o entendimento das Cortes Superiores, conforme mencionado no acórdão de recurso representativo de controvérsia, recentemente julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

> *RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ROUBO. MOMENTO CONSUMATIVO. POSSE MANSA E PACÍFICA DA RES FURTIVA. DESNECESSIDADE. 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.*
>
> *TESE: Consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada.*
>
> *2. A jurisprudência pacífica desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal é de que o crime de roubo se consuma no momento em que o agente se torna possuidor da coisa subtraída, mediante violência ou grave ameaça, ainda que haja imediata perseguição e prisão, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima. Jurisprudência do STF (evolução).*
>
> *3. Recurso especial representativo de controvérsia provido para, reconhecendo que a consumação do crime de roubo independe da posse mansa e pacífica da res furtiva, restabelecer a pena e o regime prisional fixados na sentença.* (STJ. REsp 1499050/RJ, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 14/10/2015, DJe 09/11/2015)

O depoimento da vítima é esclarecedor quanto ao fato de que o réu chegou a *"tomar o celular de sua mão"*, bem como que o *"o celular ficou no bolso dele"*, tendo fugido, sigo perseguido e preso em flagrante (áudio-vídeo, p. 153).

A testemunha Joadil Afonso, vigilante de estabelecimento comercial nas proximidades dos fatos, afirma que ouviu gritos de "pega ladrão" e viu o réu fugindo de pessoas que estavam atrás dele, quando conseguiu segurá-lo e derrubá-lo próximo ao portão onde ele estava, tendo as pessoas logo acionado a polícia (áudio-vídeo, p. 153).

Logo, comprovada a violência para a subtração do bem e a inversão da posse do mesmo, não há como acolher a tese defensiva.

Quanto ao pedido de abrandamento do regime prisional, melhor sorte não lhe assiste.

A pena definitiva aplicada foi de 4 anos e 2 meses de reclusão, houve o reconhecimento de circunstância judicial negativa, consistente em maus antecedentes, e o réu é multireincidente,

Assim, adequada, segundo os preceitos do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, a aplicação do regime fechado.

Ante o exposto, encaminho voto no sentido de:

Contra o parecer, negar provimento ao recurso do Ministério Público Estadual.

Com o parecer, negar provimento ao recurso de Evandro Fernandes da Silva.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi a seguinte:

Por unanimidade, contra o parecer, negaram provimento ao recurso acusatório e, com o parecer, negaram provimento ao recurso defensivo.

Presidência do Exmo. Sr. Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques

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. Francisco Gerardo de Sousa.

Campo Grande, 05 de dezembro de 2016.

***

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

NOTICIÁRIO



Desembargadores do TJ julgaram mais de 42 mil processos em 2016 - 10/01/2017



O ano de 2016 foi bastante movimentado no Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul. No período entre janeiro e dezembro foram julgados 42.992 processos no Tribunal de Justiça, o que significa aproximadamente 88% dos 48.855 processos distribuídos.

Os órgãos julgadores que se destacaram com o maior número de processos julgados foram a 5ª Câmara Cível, com 8.715 processos, seguida pelas 1ª e 4ª Câmaras Cíveis, com respectivamente, 5.721 e 5.429 processos.

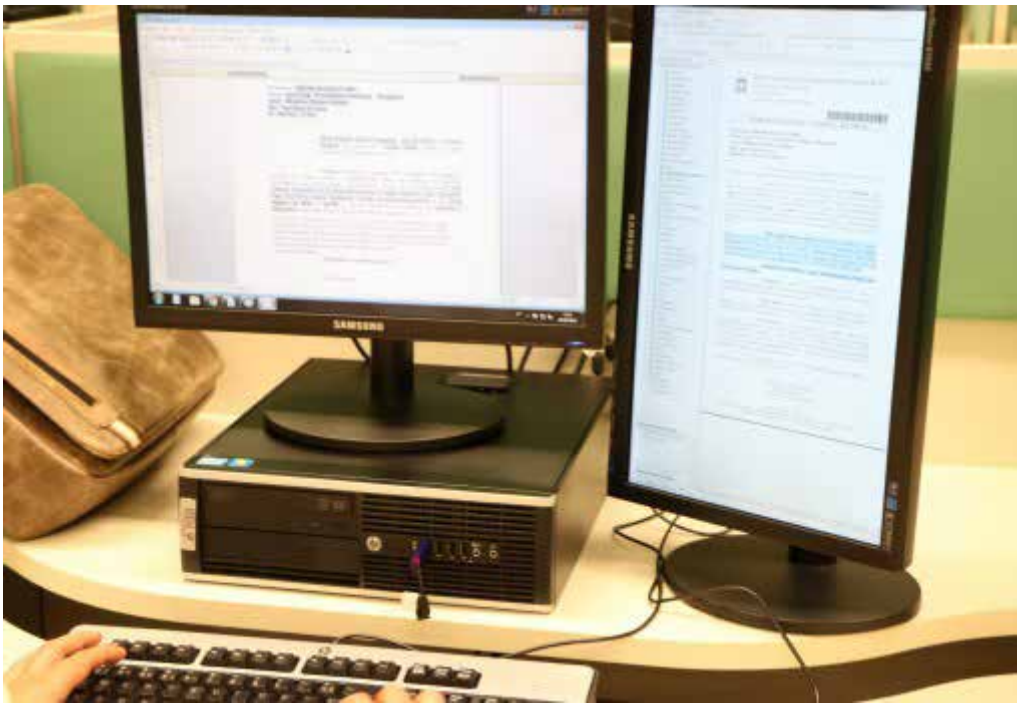
A classe recursal com maior demanda nesse último ano foi a de agravos, totalizando 10.272 processos distribuídos, cerca de 21% do total. Importante lembrar que os dados são referentes ao Órgão Especial, Seções e Câmaras.

O ano de 2017 se inicia com 21.718 processos em andamento, sendo 19.588 digitais e 2.130 físicos.

Apesar da significativa redução no número de processos distribuídos em relação ao ano de 2015, que era de 50.334, a confiança da população no Poder Judiciário para a efetiva resolução de suas demandas é evidente, assim como fica evidenciado o eficiente esclarecimento à população sobre seu funcionamento, além da consciência de que será atendido em tempo razoável.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Justiça de 1º grau tem mais de 90% dos processos exclusivamente eletrônicos - 11/01/2017



A Justiça de 1º Grau do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul possui 798.385 processos em andamento, dos quais 693.403 na Justiça Comum e 104.982 nos Juizados Especiais. Desse total, 731.607 são eletrônicos (91,63%) e 66.778 físicos (8,37%).

No período de janeiro a dezembro de 2016, foram distribuídos 415.961 processos, 300.191 feitos na Justiça Comum e 115.770 nos Juizados.

Em relação às movimentações do Poder Judiciário, no ano de 2016 os juízes sul-mato-grossenses proferiram 193.311 sentenças, 302.131 decisões interlocutórias e 692.930 despachos na Justiça Comum. Nos Juizados, foram 118.531 sentenças, 42.293 decisões interlocutórias e 126.743 despachos. O total geral da movimentação foi de 311.842 sentenças, 344.424 decisões interlocutórias e 819.673 despachos.

Dados do início deste ano de 2017 apontam que as quatro comarcas sul-mato-grossenses de Entrância Especial concentram 62% dos processos em andamento no Estado: Campo Grande possui 393.984 feitos em andamento, Dourados, 48.751, Três Lagoas, 34.034, e Corumbá, 18.264 processos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Presidente do STF pede a TJs esforço para acelerar processos penais - 12/01/2017



Foto: Nelson Jr./SCO/STF

A presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ministra Cármen Lúcia, deu prazo aos presidentes dos Tribunais de Justiça de todo o país, para que informem, com precisão, o número de processos penais não julgados em cada comarca. O vice-presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Paschoal Carmello Leandro, representou o Judiciário sul-mato-grossense na reunião realizada nesta quinta-feira (12), em Brasília.

Cármen Lúcia enviou a cada Tribunal de Justiça planilhas pelas quais se informem quantos juízes são necessários em cada órgão e estabeleceu prazo até a próxima terça-feira (17) para o encaminhamento dos dados.

Na reunião, a ministra pediu aos desembargadores esforço concentrado nas varas criminais e de execução penal nos próximos 90 dias com a designação de juízes auxiliares e servidores para realizar a tarefa.

A presidente anunciou a realização do censo penitenciário e do cadastro de presos do país, que será mantido pelo CNJ. Ela sugeriu, ainda, que os presidentes dos Tribunais de Justiça realizem, imediatamente, reuniões com o Ministério Público e a Defensoria Pública nos Estados, com a presença da OAB, para agilizar a realização de julgamentos dos processos pendentes.

Choque de jurisdição – Ao abrir a reunião, ela defendeu um "choque de jurisdição" em matéria penal. "É hora de agir com firmeza e rapidez", afirmou, lembrando que os mutirões carcerários cumprem importante papel na celeridade de julgamentos, mas são como soluções que não têm sequência, o que é preciso evitar. Por isso propôs a reunião especial de juízes – Resju – para o julgamento célere dos processos penais, sem o que a Justiça não é prestada a contento para o réu, para a vítima e para toda a sociedade.

Ela lembrou que problemas do sistema carcerário atingiram outro patamar desde o mês passado, com rebeliões e mortes em presídios no Amazonas e em Roraima. “A situação é de emergência. As facções criminosas mais do que nunca dominam nos presídios”, observou a ministra.

A ministra destacou ainda que há união entre todos os juízes e que nenhum juiz está sozinho. “O momento é crítico, mas estamos solidários”, afirmou.

Ela informou também ter sido formado um grupo de trabalho de juízes criminais para atuar como colaboradores, identificando os principais problemas das varas de execução penal. A presidente do Supremo disse ainda que foi formado no CNJ um grupo especial de trabalho em matéria penal integrado por 11 juízes de diferentes localidades, com o intuito de identificar os problemas nas varas de execução penal.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação, com informações do site do STF

Justiça Itinerante da Capital registra mais de 47 mil atendimentos em 2016 - 13/01/2017



As duas unidades de atendimento da 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante de Campo Grande registraram 47.123 atendimentos em 2016, em 16 bairros da Capital.

Sob o comando do juiz Cezar Luiz Miozzo, o serviço percorre os bairros mais longínquos de Campo Grande prestando atendimento gratuito e fazendo valer os direitos da população, auxiliando e procurando solucionar suas pendências judiciais.

Assim, percorridas as 16 regiões da cidade, a equipe da Itinerante registrou 11.028 novas ações dos mais variados temas, sendo 1.508 apenas no bairro Piratininga. A exemplo de anos anteriores, o atendimento mais procurado em 2016 foi a conversão de união estável em casamento: foram 5.363 conversões realizadas, sendo 705 no bairro Santo Amaro.

O segundo serviço mais procurado foi o divórcio direto, com 2.134 casos, sendo registrados 337 somente no bairro Piratininga. Houve também diversos pedidos de execução de alimentos, investigação de paternidade, além de ações de cobrança, conversão de separação em divórcio, ações revisionais, entre outros.

O bairro que registrou a maior procura da população por atendimento foi o Piratininga, com 6.552 atendimentos, seguido pelos bairros Santo Amaro, 6.387, e São Conrado, com 6.123.

A Justiça Itinerante garante facilidade e rapidez nos serviços prestados, além de não gerar nenhum custo à população. Tem a competência de conciliar, processar e julgar causas cíveis de menor complexidade, cujo valor não exceda 40 salários mínimos, bem como as causas relativas a direito de família.

O atendimento é realizado de segunda a quinta-feira, das 7 horas às 11h30, de acordo com a ordem de chegada. Mais informações podem ser obtidas nos telefones 3314-5503 ou 3314-5510, das 12 às 19 horas. Os ônibus iniciam os atendimentos de 2017 na próxima segunda-feira, dia 16 de janeiro.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Em 6 anos, presos pagam mais de R$ 2 milhões pelas suas despesas - 16/01/2017



Referência em todo o país no modelo de ressocialização no regime semiaberto, os detentos da comarca de Campo Grande pagaram, nos últimos seis anos, por meio do trabalho, mais de R$ 2 milhões pelas suas despesas de manutenção em presídios da Capital.

Esse desconto foi possível graças ao fato de que mais de 70% dos presos do regime semiaberto estão trabalhando. Regulamentado pelo juiz da 2ª Vara de Execução Penal, Albino Coimbra Neto, por meio da Portaria nº 001/2014, é descontado 10% do salário que os detentos recebem para fazer frente as despesas de manutenção deles nos presídios.

Nos últimos anos, vários serviços de manutenção nos presídios foram feitos com estes valores, como a construção da portaria de acesso à Gameleira, manutenção no Instituto Penal, no Presídio de Trânsito, além de outras ações de melhorias nos presídios.

Além destas manutenções nos centros de detenção, parte dos recursos foram utilizados para a reforma das escolas públicas, onde o preso realmente paga todo o custeio do material, já com a economia na ordem de mais de R$ 4 milhões para o Estado.

Desde o início do projeto Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade, em dezembro de 2013, já foi concluída a reforma de seis escolas estaduais e a sétima deve ser entregue em fevereiro deste ano, beneficiando cerca de 5 mil alunos. Na reforma das sete escolas foram gastos R$ 968.180,07, valor que chegaria a quase R$ 4,2 milhões se fossem pagos pelo Estado via licitação, o que gera uma economia de R$ 4.017.749,91 aos cofres públicos, já que o Estado gastou apenas R$ 158.245,46 nas obras, valor referente à mão de obra.

Projeto – Idealizado pelo juiz Albino Coimbra Neto, o projeto Pintando e Revitalizando a Educação com Liberdade usa dinheiro e mão de obra de presos para promover reformas e melhorias em instituições da Capital.

Desenvolvido em parceria com a Agepen e a Secretaria do Estado de Educação, o projeto começou com 10 presos do Estabelecimento Penal da Gameleira, que cumprem pena em regime semiaberto, e foi crescendo com a aprovação da sociedade. A primeira escola beneficiada foi a E.E. Delmira Ramos, localizada no Bairro Coophavilla II, resultando na pintura total do prédio, reforma de calçadas, banheiros, bebedouro, revitalização da quadra de esportes, área administrativa, partes hidráulica e elétrica, além de jardinagem.

Atualmente, pelas mãos e com dinheiro dos presos, está em reforma a Escola Estadual Prof. Emygdio Campos Widal. Com mais esta reforma, em três anos de trabalho, a economia proporcionada pelo Poder Judiciário para os cofres públicos do Estado já ultrapassa R$ 4 milhões, pois o custo para o Estado se resume ao salário dos presos.

Atendendo 492 alunos, a E.E. Prof. Emygdio Campos Widal possui 2.000 m² de área construída e 8.000m² de terreno e, em tempos de crise como os dias atuais, seria praticamente impossível uma escola destas proporções ser contemplada com reforma tão ampla.

Ao falar sobre o projeto, o juiz Albino sempre destaca que duas das maiores mazelas do país, que são o sistema prisional e a educação, unem-se para proporcionar a melhoria conjunta. “Esta é uma oportunidade proporcionada pelo Poder Judiciário de MS que permite aos detentos a ressocialização e também que sirvam de exemplo para os demais presos e para sociedade, mostrando que, embora tenham cometido erros, são capazes de recomeçar”.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Tribunal de Justiça inaugura novo fórum da comarca de Inocência - 16/01/2017



O dia 16 de janeiro de 2017 foi de júbilo para a população inocenciense, que recebeu do Tribunal de Justiça de MS um fórum moderno, funcional e de beleza arquitetônica. A obra custou ao Poder Judiciário R$ 2,6 milhões e foi pensada para reafirmar os valores institucionais e levar a justiça mais próxima do cidadão.

O plenário do Tribunal do Júri ficou lotado, pois todos queriam prestigiar a solenidade de inauguração do Fórum Nercírio Ferreira Leal. A esposa do ex-prefeito que deu nome ao prédio da justiça, Raulina Latta Leal, estava presente e não escondeu a emoção. Ela, que completa 85 anos na próxima semana, lembrou de como era a cidade de Inocência no tempo em que o marido respondeu pelo Executivo Municipal.

"Homenagem justa porque ele fez muita coisa por Inocência e sempre o acompanhei. Se ele estivesse aqui, ficaria muito contente em ver essa obra. O primeiro fórum da cidade foi na década de 80, quando ele foi prefeito", lembrou.

O presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. João Maria Lós, explicou que a construção dessa obra é a materialização da presença do Poder Judiciário na cidade de Inocência, pois um prédio dessa dimensão na comarca de primeira entrância mostra a preocupação que o Judiciário tem de se estabelecer, de fincar raízes e aproximar o Judiciário do cidadão de uma forma permanente.

"Após a construção de um prédio desses é evidente que a comarca não será desativada futuramente. Essa é a principal motivação que nos traz aqui para fazer essa entrega hoje. Não podemos parar no tempo, assim, o que há de mais moderno em engenharia foi aplicado neste prédio. Além disso, a parceria com a prefeitura foi fundamental. O agora ex-prefeito Toninho foi um grande parceiro nosso cedendo o terreno e colaborando naquilo que foi preciso para ultimar a obra", disse o desembargador.

O juiz Cássio Roberto dos Santos, que responde pelo Foro de Inocência, ressaltou que a obra vem suprir uma carência antiga da comarca, pois até então o serviço Judiciário vinha sendo prestado em um local adaptado e inapropriado, onde havia falta de espaço para acomodar a estrutura do Judiciário e receber bem seus usuários.

"Inocência, conhecida como a Cidade do Romance, é uma comarca afastada dos centros urbanos, sendo imprescindível que aqui exista toda a estrutura para a prestação jurisdicional. A demanda é crescente, o que se nota pelo aumento considerável das ações que aportam dia a dia perante a vara, fruto do fomento econômico, do fácil acesso e da proximidade do Poder Judiciário do usuário dos nossos serviços", completou o juiz.

Para o presidente da Associação dos Magistrados de MS (AMAMSUL), juiz Fernando Chemin Cury, a magistratura está muito feliz com o novo fórum. Ele garantiu que o sentimento é que se esperava isso da gestão do Des. Lós, já que o presidente do TJMS é considerado um grande empreendedor nessa área.

"O Des. Lós inaugurou inúmeros prédios no Estado todo e em Inocência não poderia ser diferente. Agora, ele brinda não só a população, mas servidores e o próprio juiz com uma estrutura de trabalho adequada para prestação jurisdicional de forma célere e efetiva. As parcerias que o Judiciário têm feito com as prefeituras são importantíssimas, sem a qual seria impossível realizar uma obra dessa natureza por força dos custos. O resultado beneficia diretamente os munícipes de Inocência".

Discursaram também na solenidade o prefeito José Arnaldo Ferreira de Melo, o presidente da OAB da subseção de Paranaíba, Marcos Antônio Moreira Ferraz; o defensor público Alex Batista de Souza; o promotor Ronaldo Vieira Francisco; o presidente da Câmara de Vereadores de Inocência, Henrique César Líria Alves; e o ex-prefeito Toninho da Cofap. Todos reconheceram a importância do novo Fórum para a população de Inocência, cerca de oito mil habitantes que consideram a justiça a última trincheira em que buscam guarida para solução de seus problemas.

Galeria – Depois de entregue o novo prédio do Fórum, o Des. João Maria Lós inaugurou também a Galeria de Juízes Titulares, uma forma de homenagear os magistrados que passaram pela comarca.

"Esse é outro projeto que estamos desenvolvendo. Na medida em que vamos reformando, inaugurando prédios novos, colocamos a galeria de juízes que atuaram naquelas comarcas para perpetuar a imagem e o nome dessas pessoas que tanto colaboraram com essas cidades", explicou o Des. Lós.

"É importante porque todo juiz que passa pela comarca se doa, se dedica, faz de tudo para ajudar a comunidade onde vive e essa é uma forma de o Poder Judiciário, da própria cidade homenagear a pessoa que, ainda que por um tempo, se dedicou a ajudar a população local", esclareceu o presidente da AMAMSUL.

Falando em nome dos homenageados, o juiz aposentado Sebastião Lino Simão, que judicou na comarca de junho de 1987 a abril de 1989, ele agradeceu pela oportunidade de falar e de ter sido o primeiro juiz titular da comarca de Inocência. Lino recordou a inauguração do antigo Fórum.

"Na ocasião, recém-aprovado em concurso, eu era juiz substituto na comarca de Aquidauana. Registro com muita alegria e, porque não dizer com orgulho, o fato de ter sido o primeiro juiz de direito titular desta comarca. Aqui convivi com gente simples, mas honesta. Gente devotada ao trabalho. Gente que preza a amizade e para quem dois dedos de conversa tem grande importância. Gente que, como escreveu Taunay, tem uma cordialidade nascida do coração".

Estrutura – Com 931,92 m², o prédio tem gabinete, sala de audiência, plenário do Tribunal do Júri, cartório cível/criminal, cartório do Juizado Especial, salas para conciliação, para assessoria, distribuição, secretaria, para oficiais de justiça, assistente social, Defensoria, Promotoria, OAB, banheiros coletivos e hall de entrada com espera climatizada.

O prédio tem ainda estacionamento privativo murado e com cerca elétrica, proporcionando maior segurança ao juiz, além de estacionamento para os funcionários e público. Como já ocorre há algum tempo nas obras do Poder Judiciário de MS, a edificação é plenamente acessível, com rampas, sinalização tátil de pisos e calçadas, além de banheiros adaptados para atender aos portadores de necessidades especiais.

Outro ponto muito significativo é a sustentabilidade e eficiência energética, baseando-se nas questões ambientais e nas orientações do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Por isso, o prédio tem sistema de captação, armazenagem e reaproveitamento de águas pluviais para limpeza externa e molhagem do jardim, condicionadores de ar tipo split, telhas termoacústicas, pintura de paredes externas em cores predominantemente claras, luminárias e lâmpadas de alta eficiência.

Saiba mais – A comarca de Inocência foi criada pela Lei nº 664, de 18/09/86, instalada no dia 23 de janeiro de 1987, e atualmente compreende o município de Inocência e o distrito de São Pedro. Dos juízes que atuaram em Inocência citem-se Sebastião Lino Simão (25/06/87 a 17/04/89), Waldir Marques (08/08/89 a 15/09/93), Alexandre Corrêa Leite (25/11/93 a 28/02/96), Mariel Cavalin dos Santos (22/05/00 a 01/07/01), Alessandro Carlo Meliso Rodrigues (16/08/02 a 25/04/05), Eduardo Floriano Almeida (19/06/06 a 13/11/08), Walter Arthur Alge Netto (15/05/09 a 01/09/11) e Flávia Simone Cavalcante Costa (08/12/11 a 12/12/15).



Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJMS inaugura reforma do Fórum de Jardim nesta quinta-feira - 18/01/2017



Nesta quinta-feira (19), às 9 horas, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul entrega a reforma geral do prédio do Fórum da Comarca de Jardim, distante 237 km da capital. A cerimônia contará com a presença do presidente do Tribunal de Justiça, Des. João Maria Lós, da juíza diretora do foro, Penélope Mota Calarge Regasso, além das autoridades locais. O valor investido na obra foi de R$ 915.542,82.

Na obra, foi executada a reforma geral numa área de 1.060,38 m², englobando os prédios do Fórum, Tribunal do Júri e Arquivo. Os serviços abrangem pintura interna e externa, troca de reatores e lâmpadas de todas as luminárias, substituição dos antigos ares-condicionados por novos do tipo Split, que são mais econômicos e silenciosos. Além disto, foi feita a adequação do Sistema de proteção de descargas atmosféricas, conforme preleciona as normas da NBR 5419/2016.

Foi feita a adaptação de parte do espaço interno do Arquivo Geral para alocar a Defensoria Pública, o que possibilitou a readequação do layout do Fórum, gerando mais espaço nos ambientes internos, permitindo assim a criação de salas para os assessores de gabinete, mediação e depoimento sem dano.

Foram revisadas todas as janelas, portas internas e externas e a cobertura. No entorno do prédio foi implantada a sinalização para deficientes visuais com piso tátil, rampas e corrimões, facilitando o acesso à edificação, garantindo acessibilidade ao prédio do Fórum de Jardim, além da construção de banheiro adaptado para pessoas cadeirantes ou com mobilidade reduzida.

O esgotamento sanitário foi interligado à rede pública coletora. O estacionamento externo para os servidores e jurisdicionados foi todo pavimentado.

O Fórum de Jardim está situado na rua Coronel Stuck, 51.

Estatística Processual – Jardim é uma comarca de Segunda Entrância e conta com duas Varas. Atualmente tramitam no fórum 10.749 processos. No ano de 2016 foram distribuídos 5.562 feitos nas duas Varas e na competência dos Juizados Especiais. No mesmo ano, foram julgados 3.361 feitos, com 3.502 decisões interlocutórias e 7.698 despachos.

Histórico – Com uma população estimada de 24 mil habitantes (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE), a comarca de Jardim é um dos principais destinos do ecoturismo de MS, por possuir uma extraordinária riqueza natural, principalmente às margens do Rio da Prata e integrar o complexo turístico do Parque Nacional da Serra da Bodoquena. Além das belezas naturais, Jardim possui aspecto histórico interessante, pois detém diversos monumentos relacionados à chamada "Retirada da Laguna", um dos principais episódios da Guerra do Paraguai. Uma marcha de um mês que começou com mais de 3 mil homens, mas apenas 700 chegaram vivos ao destino final.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Biênio 2015/2016: Vice-Presidência julga mais de 17 mil recursos - 23/01/2017



No período de fevereiro de 2015 a outubro de 2016, a Vice-Presidência do TJMS julgou 17.204 feitos distribuídos dentre recursos especiais e recursos extraordinários e, encaminhou 10.942 processos aos Tribunais Superiores, totalizando 28.146 processos despachados.

Tramitam no órgão ainda os processos referentes a Precatórios, Pedido de Intervenção Estadual em Precatórios, Petições, Requisições de Pequeno Valor e Incidentes em Precatórios.

Os processos referentes a recursos especiais e recursos extraordinários são de competência da Vice-Presidência do TJ, sob a gestão do Des. Paschoal Carmello Leandro, auxiliado pelo juiz Atílio César de Oliveira Junior.

As ações mais distribuídas foram as de Recurso Especial, com 11.346 novos processos, sendo emitidas 12.413 decisões sobre esse recurso no mesmo período, o que significa que foram decididos cerca de mil processos a mais do que a distribuição, diminuindo o estoque processual.

No mesmo período entraram no Judiciário 1.813 Recursos Extraordinários, sendo julgados 2.887 feitos.

Admissibilidade – No biênio 2015/2016, a Vice-Presidência admitiu 80 recursos extraordinários e negou 2.493.

Em relação aos recursos especiais, 688 foram admitidos e encaminhados ao STF e 12.479 tiveram seguimento negado.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Cijus proporciona comodidade para a classe de advogados - 25/01/2017

Com o término da suspensão dos prazos processuais, normatizada pela Portaria nº 1.028/2016, que possibilita que os advogados tirem férias, os profissionais começam a conhecer a nova e moderna estrutura do Centro Integrado de Justiça (Cijus). No prédio, localizado bem no centro de Campo Grande, os advogados encontrarão mais comodidade para desenvolver seu trabalho.

É mais espaço para mais justiça. Assim, na entrada do Cijus, pela rua 7 de setembro, está a sala da OAB/MS, inaugurada no dia 23 de janeiro. Ali os profissionais podem aguardar o início das audiências e trabalhar com mais recursos e tranquilidade. Um espaço exclusivo e climatizado.

Inicialmente, o espaço para os advogados foi planejado para funcionar no piso superior do Cijus, mas, pensando em melhorar o acesso e dar melhor mobilidade aos profissionais, a sala foi instalada no térreo, bem na entrada do prédio.

Outro serviço disponível é o atendimento exclusivo no setor de Atermação. Este, que é o primeiro contato do público com o Cijus, terá um atendente disponível para os profissionais, com senha prioritária para advogados.

Uma outra novidade com a instalação do Cijus é que as audiências dos Juizados Especiais estão concentradas no período das 12 às 19 horas. Além disso, as sete varas instaladas ali contam com duas salas de audiências de Instrução e três de Conciliação. São 35 salas apenas para audiências, o que garante mais comodidade.

Com mais espaço no Cijus para as varas dos Juizados, não será preciso dividir a pauta de audiências nos períodos matutino e vespertino, e o advogado poderá realizar seu trabalho de uma só vez, sem a necessidade voltar em outro período e gastando menos com estacionamento.

No Cijus e no entorno do prédio também existem diversos serviços com que o usuário pode contar. Dentro do Centro Integrado há lanchonete e um posto de cópias e impressões. Com a instalação do novo e moderno prédio do Poder Judiciário, a região central de Campo Grande passa por um efeito renovador, com a chegada de restaurantes, lanchonetes, livrarias, bancas de revistas, estacionamentos etc., que antes não existiam. Tudo em benefício daqueles que passam pela região.

O advogado Alexandre de Oliveira, que representa uma empresa, esteve no primeiro dia de audiências do Juizado Especial no Cijus e disse que a nova estrutura é incomparável com a que antiga. “Estou achando fantástico, em termos de estrutura, qualidade e conforto. A localização é melhor, principalmente para os clientes que, em sua maioria, são de renda mais baixa e podem contar com linhas de ônibus. Para os profissionais e outros clientes, há a questão do estacionamento, já que Campo Grande sofre com a falta de vagas, em qualquer lugar”.

No entender de Alexandre, o Poder Judiciário acertou com o Cijus. “Uniu diversos serviços em um só local: Juizados, TRE/MS, sala da OAB, sala da Defensoria Pública, entre tantas vantagens. Ao longo do ano ficará demonstrado que foi uma decisão acertada ter trazido o Juizado para o centro da cidade”, finalizou.

Inaugurado no dia 8 de dezembro, o Centro Integrado de Justiça (Cijus) é um dos mais modernos e amplos prédios da Justiça e está estrategicamente localizado no cruzamento da Av. Calógeras com as ruas

26 de agosto e 7 de setembro, na região central de Campo Grande. O espaço está preparado para atender mais de três mil pessoas por dia, já que a população está mais próxima do Poder Judiciário de MS, contando com diversos serviços jurídicos e celeridade na tramitação dos processos.

No Cijus, a população pode buscar auxílio de competência dos Juizados Especiais e e acompanhar as sessões das Turmas Recursais, que é a segunda instância dos Juizados. Também foi instalada no local a sede da Coordenadoria da Infância e Juventude (CIJ), com projetos como a Justiça Restaurativa Juvenil e Escolar, e diversas ações de suporte a todas as comarcas do Estado como Projeto Padrinho, Família Acolhedora, Depoimento Especial e capacitação das equipes técnicas que atuam na infância e juventude, além do posto de atendimento ao cidadão da Justiça Eleitoral.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Comunicado: sorteio da alienação judicial eletrônica - 25/01/2017



A Corregedoria-Geral de Justiça comunica que está em funcionamento o sistema de sorteio eletrônico para designação de leiloeiro, previsto no artigo 12, § 1º do Provimento-CSM 375, de 23 de agosto de 2016.

O sistema encontra-se disponível na intranet, na área "Sistemas", link "Leilões Judiciais – Gestor de Leilões Judiciais". O servidor responsável pela realização do sorteio deverá solicitar o acesso para a Secretaria de Tecnologia da Informação, no "Suporte TI", disponível na área "Para Você" ou pelo telefone 3314-1718.

Ao acessar o sistema, o servidor deverá informar número do processo e a natureza da ação (cível, criminal ou administrativo) em que será realizada a alienação judicial eletrônica e, na sequência, clicar no botão "sortear", ocasião em que será selecionado o leiloeiro.

Para relembrar, nos termos do que dispõe o Provimento nº 375/2016, os corretores e os leiloeiros públicos oficiais, devidamente credenciados pelo Tribunal de Justiça, nos termos da Portaria nº 126.661.082.0161/2016 (DJE nº 3716, de 16/12/2016), poderão ser indicados pelo exequente, cuja nomeação deverá ser realizada pelo juiz (art. 883 do CPC).

No entanto, não havendo indicação ou sendo esta recusada pelo Juiz, a designação do leiloeiro far-se-á após sorteio eletrônico, de modo a garantir a equitatividade, observadas a impessoalidade, a capacidade técnica do leiloeiro e do corretor público e a participação em certames anteriores (art. 9º da Resolução-CNJ nº 236).

A relação completa dos corretores e leiloeiros públicos oficiais encontra-se disponível no Portal do Tribunal de Justiça, no link "Serviços" – "Alienação Judicial" (parte verde).

Para mais informações, entrar em contato no telefone 3314-1989.

Corregedoria-Geral de Justiça apresenta relatório de gestão - 26/01/2017



Na tarde desta quarta-feira, o Des. Julizar Barbosa Trindade, participou pela última vez de uma sessão do Órgão Especial como Corregedor-Geral de Justiça.

Assim, finda a sessão judiciária, ele apresentou aos desembargadores um relatório cuidadosamente preparado do trabalho realizado em sua gestão, das correições efetuadas pela Corregedoria.

"Tenho a honra de informar a este Órgão Especial que, exatamente como prevê o inciso X do art. 155, do Regimento Interno, no primeiro ano foram efetuadas correições em metade das comarcas do interior e das varas da Capital e no segundo em todas as demais comarcas e varas. Mantivemos contato pessoal com todos os juízes e juízas em exercício na ocasião, inclusive anotando suas reclamações e/ou sugestões, as quais foram encaminhadas aos órgãos competentes para as providências cabíveis", explicou.

Importante ressaltar que o Des. Julizar também visitou pessoalmente todos os cartórios extrajudiciais, inclusive alguns de municípios não providos de comarcas, constatando que os novos delegatários estão muito bem instalados e prestando um serviço público de ótima qualidade para a comunidade local.

O relatório completo de todas as atividades realizadas pela Corregedoria-Geral de Justiça, no biênio 2015/2016, contendo mais de três mil páginas, está disponível no www.tjms.jus.br/noticias/publicacoes.php

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Des. João Maria Lós agradece colaboradores pelos dois anos à frente do TJ - 26/01/2017



O presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Des. João Maria Lós, deixa nesta sexta-feira (27) a Presidência após dois anos de serviços administrativos prestados a frente do Poder Judiciário de MS. Com a conclusão da gestão, o presidente deixou uma mensagem de agradecimento a todos que colaboraram diretamente para o bom andamento dos trabalhos durante o biênio 2015/2016. Confira abaixo a mensagem:

"Gratidão! Essa é a palavra que permeia minha alma neste instante em que tenho a oportunidade de falar a cada um de vocês. Penso que a coesão movida por princípios e por ideias construtivas nos conduziram a realizar, a fazer valer a pena cada segundo compartilhado, cada iniciativa materializada e cada sonho uma realidade.

Guardarei com carinho os bons momentos que vivemos juntos. Guardarei também o aprendizado que me proporcionaram e no mais das vezes ao ensinar acabei aprendendo, como na máxima de Guimarães Rosa que dizia: "mestre não é quem sempre ensina, mas quem de repente aprende". Acreditem essa máxima tornou nossa missão mais prazerosa e produtiva.

A quem me acompanhou nestes dois anos: juízes Paulo Afonso de Oliveira, Luiz Antonio Cavassa de Almeida e Flávio Saad Peron, minha gratidão.

A todos os diretores que foram incansáveis na laboriosa missão de gerir o TJMS, meu reconhecimento: Marcelo Vendas Righetti (Direção-Geral), Izabela Borges (Diretoria Executiva), Christiane Teresa Padoa Letteriello (Conselho Superior da Magistratura), Arnaldo Liogi Kobayashi (Judiciária), Raphael Vicente Bilinski (Gestão de Pessoal), Larissa de Almeida Fagundes (Bens e Serviços), Carlos Kuntzel (Comunicação), Alexandre Rosa Camy, Liriane Aparecida da Silva Nogueira e Marcos Paulo Moro (Tecnologia da Informação), Reinaldo da Rosa Silveira (Obras), Julio Dias de Almeida

(Finanças), Conceição Pedrini Pereira (Judiciária de Primeiro Grau), Newton Cesco Junior (Assessoria de Planejamento), Kele Cristina Leite de Melo (Controle Interno), Luiz Fernando Simões Tolentino (Assessoria Jurídico-Legislativa), Dr. Helder Figueiredo (Perícia), Mariana Cévolo Landim Medeiros (Juizados), Jorge Miguel da Silva Garcia (Cerimonial), Magna Trindade Nantes Fontoura (Escola Judicial), Azenaide Rosselli Alencar (Corregedoria-Geral de Justiça), Coronel Geraldo Garcia Orti (Assessoria Militar), Vanderley Souza de Andrade (Administrativo), Marta Lopes (Coordenadoria de Integração Social) e os delegados Edi Ederaldo de Almeida e Suzimar Batistela (Assessoria de Inteligência). Além do apoio irrestrito das servidoras Elizângela Puks, Paola Castro, Rodrigo Alves Martins e Manoel Crescente da Silva Filho.

Desejo de coração que todos vocês continuem inspirando pessoas e que liderem, que apontem caminhos e façam acontecer e em nome de vocês cumprimento todos os servidores do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul.

E finalmente agradeço aos Desembargadores, pelo trabalho árduo e o apoio de todos juízes que atuam com afinco em todas as comarcas. Tenho a certeza que foi graças à união de todas essas forças que conseguimos manter a posição de vanguarda que Mato Grosso do Sul ocupa no judiciário nacional.

Termino este ciclo na administração do Tribunal de Justiça com a certeza de ter feito meu o melhor em prol do jurisdicionado e dos cidadãos".

Obrigado!

Des. João Maria Lós - Presidente do Tribunal de Justiça - Biênio 2015-2016

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Empossada administração do TJMS para o biênio 2017/2018 - 27/01/2017



Na tarde desta sexta-feira (27), os desembargadores do Tribunal Pleno reuniram-se para a solenidade de posse da nova administração do Tribunal de Justiça. A partir de agora, respondem pelos destinos da justiça sul-mato-grossense o Des. Divoncir Schreiner Maran, como Presidente, o Des. Julizar Barbosa Trindade responde pela Vice-Presidência e o Des. Romero Osme Dias Lopes é o Corregedor-Geral de Justiça.

O primeiro discurso foi do Des. João Maria Lós, que respondeu pelo Poder Judiciário no biênio 2015/2016. Ele ressaltou que dois sentimentos o acometiam no final da gestão: a consciência do dever cumprido e a gratidão. Ele citou algumas das ações realizadas e garantiu que grande parte das expectativas foram atingidas.

"Retorno à função judicante cônscio que busquei o possível e o impossível para bem atender aqueles que dependiam de nossa atuação. (…) Guardarei com imenso carinho os bons momentos que vivemos juntos. Guardarei também eternamente o aprendizado que me proporcionaram e no mais das vezes ao ensinar acabei aprendendo, como na máxima de Guimarães Rosa que dizia: "mestre não é quem sempre ensina, mas quem de repente aprende". (…) Sinto-me por demasia feliz, realizado e satisfeito, com grande disposição e entusiasmo para reassumir a função judicante".

O presidente da OAB/MS, Mansour Elias Karmouche, lamentou a morte do ministro Teori Zavaski, apontou que vivemos nas últimas décadas profundas transformações, com as novas tecnologias da comunicação e isso mexeu intensamente com a cultura de todas as sociedades. "Novos conceitos estão sendo incorporados com uma rapidez que nos surpreende e nos impressiona. (…) Muda-se a forma de relacionamento entre as pessoas, a visão de mundo".

Ele citou ainda as obrigações legais, as parcerias e o profundo respeito da classe pelo Tribunal de Justiça. "Os tempos mudaram. Felizmente, nosso Tribunal de Justiça tem profundo conhecimento dessa realidade e tem feito um trabalho exemplar no sentido de modernizar seus procedimentos. (…) Saudamos

a gestão do presidente que sai, que muito realizou, e conclamamos sinceras homenagens ao presidente que ora toma posse. (…) Esperamos que persiga e aprimore os bons trabalhos realizados pelo Judiciário de Mato Grosso do Sul".

Utilizando a palavra em nome do Ministério Público, o Procurador-Geral de Justiça, Paulo Cézar dos Passos, ressaltou que a comunidade jurídica se despede da presidência do Des. Lós e acolhe a nova administração. Para o procurador, o Des. Lós foi artífice de um dos períodos de maior fulgor do Judiciário de MS em tempos recentes.

"Idealizador de campanhas e ideias que ganharam o reconhecimento dos pares e de toda a comunidade jurídica. (…) Seu empenho na disseminação de uma cultura de acesso do cidadão aos seus direitos possibilitou uma maior aproximação das pessoas, razão única da nossa existência".

Ele apontou que o novo presidente tem talentos e elevadas qualidades morais e intelectuais, além de vibrante e integral devotamento à causa da afirmação do Direito e da justiça. "Temos que lembrar que a justiça estadual representa um grande vertedouro para os problemas que surgem e reconhecemos que no Poder Judiciário deste Estado nunca faltaram homens e mulheres que doam seu tempo, inteligência e competência em qualquer localidade de MS para distribuir justiça e manter acesa a chama da esperança no coração dos cidadãos de MS".

Ao concluir, o procurador afirmou que o Ministério Público tem a convicção de que, nesta nova administração, será renovado o compromisso de bem servir às causas do Direito e da Justiça. "Renovaremos o compromisso de nos conservarmos senhores das nossas responsabilidades e portadores dignos da esperança dos que anseiam por justiça na mais sublime acepção. A trilha está aberta e o horizonte se apresenta promissor".

O último a usar a palavra foi o Des. Divoncir Schreiner Maran. Ele confessou que a data é de especial importância por assumir a Presidência do TJMS, reconheceu o tamanho da responsabilidade e afiançou que o Poder Judiciário e o Estado de MS são imensamente gratos pelo trabalho do seu antecessor.

"Terei o Des. Julizar Barbosa Trindade como Vice-Presidente, com quem contarei para que alicerce e apoie em nossas ações. E à frente da Corregedoria-Geral de Justiça estará o Des. Romero Osme Dias Lopes, o qual, sem dúvidas, dedicará especial atenção a sua função correicional, dada a sua importância para nossa instituição".

O novo presidente mencionou ainda a colaboração leal e eficiente dos magistrados e dos profissionais que estarão em postos chaves da administração. "Por demais importante será a relação estreita e afinada com a nossa AMAMSUL, a qual representa os magistrados e será perante a direção do Tribunal de Justiça, a porta-voz dos anseios da classe que, de forma redundante, é o de todos nós".

Ao final, ele garantiu que os 36 anos de magistratura permitem dizer que não há prévia nem permanente definição do justo ou de como garantir a satisfação dos anseios de todos. "Posso assegurar aos jurisdicionados que vamos trabalhar incansavelmente para melhorar e agilizar os trâmites judiciais e garantir o sentimento de justiça a cada um dos sul-mato-grossenses que buscam o Poder Judiciário diariamente".

O Coral do Tribunal de Justiça abrilhantou a solenidade de posse com sua apresentação.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br







Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juízes completam 8 anos na magistratura de MS - 31/01/2017



Nesta segunda-feira (30), 18 juízes comemoraram oito anos de ingresso na magistratura de Mato Grosso do Sul. Os aprovados no XXVIII concurso público para ingresso na magistratura foram Walter Arthur Alge Netto, Vinicius Pedrosa Santos, Naria Cassiana Silva Barros, Tatiana Decarli, Fernando Moreira Freitas da Silva, Eguiliell Ricardo da Silva, Ricardo da Mata Reis, Alysson Kneip Duque, Rodrigo Pedrini Marcos, Mauricio Cleber Miglioranzi, Luciana Barros, Marco Antonio Montagnana, Sabrina Rocha Margarido, Marcelo Guimarães Marques, Flávia Simone Cavalcante, Thulio Marco Miranda, Rodrigo Barbosa Sanches e Samantha Ferreira Barione.

O primeiro colocado foi Walter Arthur, hoje titular na comarca de Costa Rica. Formado em Direito em 2002, ele estudou seis anos até a aprovação no concurso e conta que, em razão do trabalho, estudava em média quatro horas por dia. Ele é categórico em afirmar: apesar das inúmeras dificuldades encontradas pelo caminho, sempre teve a certeza de que seu lugar era na magistratura.

Questionado sobre qual processo mais o impactou, dos tantos processos que julgou, nesses oito anos em comarcas do interior, o juiz contou: “O processo que mais me impactou tratava da disputa da guarda de uma criança, a qual se recusava a receber visitas da mãe e pediu para contar o que realmente sentia apenas para mim”.

Será que isso teria mudado sua visão sobre o tema? “Percebi que em feitos dessa natureza o papel do juiz não deve se revestir de mero aplicador ou intérprete da lei. É preciso ouvir as pessoas e os seus anseios não revelados nas páginas do processo. Importantíssimo também o acompanhamento da criança após o processo, por meio de profissionais habilitados. Nesses quase 10 anos, apesar de momentos de reflexão acerca do papel do juiz na sociedade, pude perceber que as pessoas ainda buscam o Judiciário como uma última esperança e, em razão disso, temos que nos esmerar para que nosso trabalho seja o mais próximo possível do ideal de justiça”.

Outro que nunca se arrependeu da escolha pela magistratura foi Rodrigo Pedrini Marcos, titular da 1ª Vara Criminal de Três lagoas. Ele admite que na magistratura reconheceu sua vocação. Foram sete anos de estudo, mas ele tinha 10 anos como servidor da justiça federal, o que ajudou muito.

Nesse tempo, o que mais o marcou foi uma ação civil pública do Município de Anaurilândia contra a CESP, que tratou de reparar danos ambientais. Em Três Lagoas, apontou duas iniciativas importantes: selecionar presos do regime fechado para cumprir pena, no referido regime, na Colônia Penal local para fins de trabalho.

A outra iniciativa na comarca onde judica atualmente, lembrada por Pedrini, abrange a Execução Penal, que foi, com o apoio do MP e do Conselho da Comunidade, de construir alas de educação nos presídios fechados masculinos e femininos, além do semiaberto, com salas de aula com lousa e carteira novas, ar condicionado, além da implantação do ensino médio nos referidos estabelecimentos penais.

O que diria para os que ingressarão na carreira agora? "Que o esforço e o sacrifício de estudo e dedicação valeram a pena. Após a aprovação e a posse, o esforço e dedicação continuam e os desafios aumentam, com muito trabalho. A cada dia, julgando cada processo, é importante ter em mente o juramento de posse: cumprindo e fazendo cumprir a Constituição e as leis".

A maioria dos aprovados neste concurso é de outros estados, mas entre os 18 estava uma sul-mato-grossense. Sabrina Rocha fez o curso preparatório para magistratura da Esmagis e trabalhava como assessora de um desembargador no TJMS, o que deu visão da realidade na carreira.

Persistência foi a palavra-chave da candidata aprovada num dos concursos mais difíceis do Estado. "Eu estudava quatro horas por dia, sempre à noite. Jamais pensei ter escolhido a carreira errada, pois, apesar das dificuldades, a magistratura ainda me encanta".

Em todos esses anos de judicatura, Sabrina lembra com carinho da primeira adoção realizada, cuja adotante era uma colega de carreira, bastante especial. Ela não desenvolveu projeto social novo, mas aponta que em parceira com outra juíza e com o Ministério Público, conseguiu uma nova instituição de acolhimento para Batayporã.

Foram 18 aprovados, dos quais seis mulheres, porém em 2011 faleceu a juíza Luciana de Barros Borges. O que pensa Sabrina sobre o número de representantes femininas na magistratura? "Hoje, com certeza, temos um número expressivo de mulheres buscando a carreira, mas o número de aprovações ainda é inferior ao sexo masculino. Quase 10 anos após a posse, sinto orgulho de minha profissão e busco, a cada dia, fazer jus ao cargo que ocupo, tentando honrá-lo de maneira ética na distribuição da justiça".

Ao todo foram 1.416 inscritos neste concurso, realizado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), no qual foram disponibilizadas 22 vagas. O juiz Thulio Marco Miranda deixou a magistratura de MS para judicar em Goiás, após ser aprovado em novo concurso.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Tornozeleiras eletrônicas custam menos e já são realidade em MS - 08/02/2017



Foto: Assessoria/Agepen

O monitoramento eletrônico de investigados ou condenados em Mato Grosso do Sul já é uma realidade. Dados da Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (Agepen) mostram que, atualmente, 98 pessoas na Capital estão utilizado os equipamentos, mais conhecidos como tornozeleiras eletrônicas. Além de mais baratos do que manter um preso recluso, o monitoramento equaciona a superlotação e fortalece a proteção das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

A Corregedoria-Geral de Justiça editou o Provimento nº 151, no último dia 26 de janeiro, que regulamenta o assunto em âmbito estadual. Pela norma da Corregedoria, a monitoração eletrônica e a vigilância telemática posicional à distância de pessoas acontecem nos casos de pessoas sob medida cautelar, medida protetiva ou condenadas por sentença transitada em julgado, executada por meios técnicos que permitam indicar a sua localização.

O monitoramento eletrônico deve respeitar a integridade física, moral e social da pessoa monitorada e indicará distância, o horário e a localização em que se encontra, além de outras informações úteis à fiscalização judicial do cumprimento de suas condições. Tudo isto preservando o sigilo dos dados e das informações da pessoa monitorada.

Ainda segundo o Provimento nº 151, os equipamentos de monitoração eletrônica serão disponibilizados pela Secretaria de Segurança Pública, por meio da Agepen, para utilização pelas unidades judiciárias criminais e de execução penal do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul. O planejamento da utilização e da distribuição equitativa dos equipamentos de monitoração eletrônica disponibilizados ao Poder Judiciário será realizado pela Coordenadoria das Varas de Execução Penal de MS (COVEP).

Expansão do Monitoramento – Os dados da Agepen são apenas de pessoas monitoradas na comarca de Campo Grande, mas a expectativa é que todo o Estado de MS tenha o serviço, criando assim um verdadeiro Presídio Virtual. A Unidade Mista de Monitoramento Estadual realiza este serviço, sendo responsável por monitorar internos com o uso de tornozeleiras eletrônicas. Ela está em funcionamento desde março do ano passado, quando o TJMS firmou com o Governo do Estado o Termo de Cooperação Técnica com o objetivo de regulamentar o uso de tornozeleiras eletrônicas em presos provisórios e condenados no Estado de Mato Grosso do Sul.

O uso do monitoramento também é mais uma ferramenta para equacionar o problema da falta de vagas nas Unidades Prisionais do Estado e, consequentemente, a violência ocorrida em rebeliões e nos atentados feitos por facções criminosas que atuam de dentro dos presídios.

Além disso, o uso das tornozeleiras eletrônicas reduz custos, já que custam cerca de R$ 230, contra R$ 1.700 gastos, em média, com um preso custodiado em algum presídio. O Governo fechou licitação com uma empresa especializada que fornecerá 2 mil equipamentos de monitoração e, apenas os que estiverem efetivamente em uso, serão pagos. Com esta contratação será possível expandir o serviço para as comarcas do interior.

Violência contra a mulher – uso da tornozeleira também será uma importante ferramenta no combate à violência contra a mulher, pois sempre que o homem agressor, que por obrigação legal tem o dever de se manter afastado da vítima, se aproximar, o alarme é acionado e uma equipe será deslocada até o local e a mulher também será comunicada da proximidade do homem agressor.

Confira o Provimento nº 151/2017, que regulamenta a monitoração eletrônica de pessoas no âmbito da Justiça Criminal do Estado de Mato Grosso do Sul, no link http://www.tjms.jus.br/legislacao/visualizar.php?lei=31482&original=1.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação, com informações da Agepen

CNJ destaca MS na priorização de penas alternativas em relação à prisão - 14/02/2017



Legenda: Fazenda Esperança: obra com recursos da CEPA

O Conselho Nacional de Justiça, em notícia divulgada ontem (13) em seu Portal na internet, destacou Mato Grosso do Sul como um dos estados em que foram concedidas mais penas alternativas à prisão que penas privativas de liberdade. Os dados são do relatório Justiça em Números e apontam que, no ano de 2015, os juízes de MS optaram em 2.238 casos pela execução de penas não privativas de liberdade e apenas em 873 processos pela execução de penas privativas de liberdade.

O Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul é referência para o país na aplicação de penas alternativas graças ao bom funcionamento da Central de Execução de Penas Alternativas (CEPA), vinculada à 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande. As mudanças na forma de arrecadação das penas pecuniárias tiveram início no ano de 2010 e foram iniciativa do juiz Albino Coimbra Neto, titular da 2ª VEP, e, desde então, as entidades que desejam receber doações da CEPA devem formular um projeto explicando detalhadamente em que consiste, quem são os beneficiados, o valor do investimento e o prazo de conclusão.

Desde esta remodelação na forma de arrecadação de penas pecuniárias, dezenas de projetos sociais tornaram-se realidade e a evolução dos valores destinados às instituições reflete isso. No ano de 2010, foram repassados pouco mais de R$ 50 mil a 7 instituições da Capital. Já no ano passado, sétimo ano de distribuição de recursos a entidades com projetos sociais, foram repassados R$ 1.390.465,11 a 15 entidades filantrópicas da Capital.

No ano de 2016 receberam recursos da Cepa as seguintes instituições: Associação Franciscanas Angelinas (Afrangel), Centro de Apoio e Orientação à Criança – Vovó Miloca, Cotolengo Sul-mato-grossense, Fazenda Esperança, Grupo da Fraternidade Espírita "Hilário Silva", Grupo Espírita Amor e Paz, Hospital de Câncer Alfredo Abrão, Hospital São Julião, Lar Nossa Senhora Aparecida, Instituto Luther King, Hospital Nosso Lar, Obra Kolping do Brasil, Escola Clínica Santa Terezinha, Associação Pestalozzi e Centro Multiuso "O Picolé".

Segundo o juiz Albino Coimbra Neto, esta forma de trabalhar "tem se mostrado uma maneira eficiente de cumprimento de pena, porque a partir destas condenações criminais, de menor potencial ofensivo, é que se torna possível a destinação de recursos a projetos sociais e a cada ano com mais amplitude, o que revela para nós do Judiciário, a demonstração clara de que esse tipo de pena é possível de ser efetivamente cumprida e é possível que isto seja revertido em benefício de quem mais precisa que são as entidades filantrópicas".

Atualmente o Poder Judiciário se tornou de extrema importância para o desenvolvimento destas instituições sociais, que contam com o auxílio dos recursos das penas pecuniárias para tirar do papel diversos projetos de melhorias, expansão e ampliação dos serviços prestados.

Para ingressar no rol de entidades beneficiadas é preciso que a instituição esteja credenciada junto à Central de Execução de Penas Alternativas, e isto significa que a entidade recebe em seu quadro funcional mão de obra dos condenados ao cumprimento de prestação de serviços à comunidade. A partir daí, cabe à instituição elaborar um projeto para uma finalidade específica, o qual é encaminhado para apreciação do Judiciário, com o parecer do Ministério Público.

Entre os critérios para a escolha dos projetos está a viabilidade, o impacto e alcance social, dentro da disponibilidade financeira arrecadada com as penas pecuniárias, buscando ano a ano contemplar entidades que ainda não foram beneficiadas no ano anterior.

Penas alternativas – A possibilidade da aplicação de uma pena alternativa surge quando a condenação não supera quatro anos de prisão, quando o crime não foi cometido mediante violência e o réu não é reincidente. Nestes casos, o juiz pode substituir a prisão por penas alternativas, tais como penas pecuniárias (pagamento em dinheiro) ou prestação de serviços comunitários.

O modelo pioneiro de Campo Grande quanto ao gerenciamento dos recursos arrecadados com as penas pecuniárias, onde há todo um trâmite legal para destinação dos recursos a projetos, sobretudo de maior relevância e impacto social, ganhou reconhecimento nacional e hoje o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 154/2012, definiu a política institucional do Poder Judiciário nacional quanto à destinação dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária, aos moldes do que é feito na Capital de MS desde 2010.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Conselho de Supervisão facilita acesso à justiça e proporciona maior efetividade aos Juizados - 14/02/2017



Na busca incessante de uma Justiça célere, o Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, presidido pelo Des. Marco André Nogueira Hanson, promoveu, nos biênios 2013/2014 e 2015/2016, ações nos Juizados Especiais de Mato Grosso do Sul não só para a facilitação de acesso à Justiça, mas igualmente para proporcionar maior efetividade na entrega da prestação jurisdicional.

A Administração do TJMS, em parceria com o Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais de Mato Grosso do Sul, implantou melhorias e ampliações para todo o sistema, a fim de aproximar ainda mais a população do Judiciário e também proporcionar mecanismos de pacificação e de conciliação que tornem exequíveis seus direitos.

Dentre as medidas adotadas, é possível destacar as principais realizações, que vão ao encontro das recomendações do Conselho Nacional de Justiça:

- Cumprimento de prazos e metas: Destaque no ano de 2015 em que os Juizados Especiais de Mato Grosso do Sul cumpriram 125,93% da Meta 1 e as Turmas Recursais 103,39%.

- Diminuição do acervo: Todas as comarcas realizaram trabalho de mutirão nos Juizados Especiais, em setembro de 2015, em continuidade ao programa "Redescobrindo os Juizados Especiais", em alusão aos 20 anos de sua Lei de Regência.

- Turmas Recursais: No ano de 2015, foi instalado mutirão judicial para julgamento das ações em trâmite nas Turmas Recursais dos Juizados Especiais de Mato Grosso do Sul, eliminando o acervo de processos que aguardavam julgamento até janeiro daquele ano. Dentre outras medidas adotadas, é possível destacar que, além do mutirão, os juízes que compõem as Turmas Recursais Mistas aumentaram o número de sessões destes colegiados, elevando o volume de julgamentos.

- CPE (Juizados Especiais): Ainda com o objetivo de reduzir o acervo processual, sem se afastar dos princípios da celeridade, informalidade e economia processual, deve ser destacada a atuação da Central de Processamento Eletrônico nos Juizados Especiais, que passou a movimentar os processos de 34 comarcas e da Capital. Esta medida concentrou a força de trabalho, padronizando os procedimentos cartorários e, com isso, aumentou, com qualidade, a produtividade na área fim, beneficiando os jurisdicionados.

- Seleção de juízes leigos: Atendendo as recomendações da Resolução n. 174, do CNJ, foi realizado no dia 21 de fevereiro de 2016 o I Processo Seletivo para recrutamento de juízes leigos no sistema dos Juizados Especiais de Mato Grosso do Sul, somando 520 candidatos inscritos em todo o Estado, dos quais aproximadamente 300 destinavam-se às 10 Varas dos Juizados Especiais de Campo Grande. Em parceria com a Escola Judicial de MS (Ejud-MS), foi produzido curso preparatório para os juízes leigos aprovados no I Processo Seletivo na modalidade a distância, conforme o conteúdo programático estabelecido na Resolução do CNJ, com carga horária de 40 horas/aulas e disponibilizado no Ambiente Virtual da Ejud-MS – http://ejud.tjms.jus.br/.

- Avaliação: Por iniciativa do Conselho de Supervisão, está disponibilizado no site do TJMS, na página dos Juizados Especiais, acesso destinado à avaliação de conciliadores e juízes leigos – ferramenta necessária para se aferir o desempenho desses auxiliares da justiça. Para o uso, basta acessar o link http://www.tjms.jus.br/juizados/avaliacao.

- Fiscalização e produtividade: O Conselho de Supervisão realizou a constante fiscalização das atividades dos magistrados dos Juizados Especiais de MS, apurando mensalmente o andamento processual dos autos conclusos aos leigos. Além disso, a Administração do TJMS, em parceria com o Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais de Mato Grosso do Sul, implementou o Sistema de Produtividade dos Juízes Leigos e Conciliadores, instalado pelo Tribunal de Justiça a fim de aferir a produtividade, conferir os movimentos lançados e, por fim, autorizar o pagamento das rubricas.

- Envio eletrônico de TCOs: Com a assinatura do convênio entre o TJMS e a Secretaria de Justiça e Segurança Pública de MS, no dia 28 de julho de 2016, foi disponibilizado um ambiente administrativo no portal web do TJMS para a Delegacia Geral da Polícia Civil de MS, o qual permite a comunicação entre o Poder Judiciário e a Sejusp, a começar nos Juizados Especiais, o que possibilita o envio dos Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCO) aos Juizados Criminais por via eletrônica.

- Custas on-line: Disponibilizado desde agosto de 2016, no portal do Tribunal de Justiça, por meio do e-SAJ, o projeto desenvolvido pelo Conselho de Supervisão dos Juizados, em parceria com a Corregedoria- Geral de Justiça, proporcionou o fácil acesso do jurisdicionado e de seu patrono na emissão de guias judiciais para recolhimento de custas nos processos de competência dos Juizados Especiais.

- Peticionamento por pessoa física: Por iniciativa do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, com a participação da Secretaria de Tecnologia da Informação, responsável por desenvolver a nova ferramenta de acesso no Portal e-SAJ, foi implementado o acesso do peticionamento eletrônico de pessoa física no sistema dos Juizados Especiais Cíveis de Mato Grosso do Sul.

- Juizado de Trânsito: Atendendo à solicitação do Presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul adquiriu seis veículos, modelo Van, todos adaptados para a realização de audiência de conciliação, a fim de ampliar e melhorar o atendimento do Juizado Especial de Trânsito da Capital, bem como implantou o serviço nas comarcas de Dourados, Três Lagoas e Corumbá. Ressalta-se, ainda, que houve a substituição de todo equipamento eletrônico das vans que compõem a 9ª Vara do Juizado Especial em Campo Grande.

- Justiça Itinerante: Nos anos de 2015 e 2016, a Justiça Itinerante, com a autorização da Administração do TJMS, em conjunto com a "Caravana da Saúde", projeto de iniciativa do Poder Executivo, percorreu cidades do interior do Estado de Mato Grosso do Sul levando atendimento jurídico à população de comarcas ainda não contempladas com o serviço Judiciário itinerante. Cumprindo o cronograma estabelecido, as comarcas de Coxim, Ponta Porã, Três Lagoas, Paranaíba, Nova Andradina, Corumbá, Naviraí, Jardim e cidades próximas foram atendidas com o programa.

O Tribunal de Justiça de MS implantou ainda, no dia 19 de setembro de 2013, os serviços da Justiça Itinerante na Comarca de Dourados. A unidade móvel, vinculada à 1ª e 2ª Varas do Juizado Especial Cível e Criminal da comarca, leva a atividade jurisdicional aos locais mais distantes, ampliando o acesso à justiça e otimizando a prestação jurisdicional.

- Juizado Itinerante Fluvial: O Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul instalou, no mês de junho de 2016, o Juizado Itinerante Fluvial em Corumbá. Em parceria com a Marinha, desde 2015 o juiz que atua nos Juizados Especiais tem prestado atendimento à população ribeirinha e pantaneira com resultados práticos positivos, na medida em que são solucionados os conflitos por meio da conciliação. Objetivando uma atuação mais eficaz e contínua, o presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais, Des. Marco André Nogueira Hanson, solicitou a ampliação da competência para atuação do Juizado Fluvial nessas comunidades, a fim de possibilitar também a composição de conflitos de interesse nas causas de família, estado, capacidade das pessoas e sucessões.

Nesse panorama, constata-se que, na gestão do Des. Marco André Nogueira Hanson à frente do Conselho de Supervisão, foram expressivas as melhorias e ampliações dos Juizados Especiais para que a prestação jurisdicional fosse padronizada, facilitando-se o acesso à Justiça e, principalmente, proporcionando à população um sistema integrado que possibilite a solução rápida e eficiente dos conflitos que lhes compete.

Para o Des. Marco André Nogueira Hanson, "todos os resultados satisfatórios foram alcançados ante o apoio, participação e comprometimento de todos. Assim, agradeço a todos os colegas magistrados, servidores e auxiliares, reafirmando que o aprimoramento dos Juizados Especiais somente foi continuado ante essa prestimosa colaboração".

O Des. Paschoal Carmello Leandro assumiu a Presidência do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais para o biênio 2017/2018.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juíza responderá pela Coordenadoria Estadual da Mulher de MS - 14/02/2017



Dinâmica, a juíza Jacqueline Machado atuou 15 anos no interior antes de chegar a Campo Grande em março de 2016. Recentemente, ela assumiu a Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar, pasta de suma importância diante da realidade brasileira em que a mulher infelizmente ainda é vítima de tanta violência.

Ela recebeu o convite com um misto de surpresa e receio, por estar há pouco tempo em uma vara especializada. A juíza é titular da 3ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, a primeira Vara de Medidas Protetivas no Brasil, que está sediada na Casa da Mulher Brasileira.

"Meu temor é não estar à altura para suceder os coordenadores anteriores, como o Des. Ruy Celso Barbosa Florence e o Des. Paschoal Carmello Leandro", confessou com simplicidade.

Jacqueline ressalta que a violência contra a mulher em Mato Grosso do Sul tem índices muito altos. "Só para exemplificar, MS está em 5º lugar em Feminicídios. A 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é a primeira Vara do país especializada em Medidas Protetivas e os casos mais comuns são de violência física (lesão corporal e vias de fato) e ameaça, com uma média de vinte medidas de proteção por dia".

Questionada sobre quais são os planos de ação para a gestão e quais as primeiras ações como coordenadora, ela explicou que pretende iniciar com a reestruturação da Coordenadoria, pois entende necessário contar com juízes auxiliares e com quadro técnico para articular um plano de ação que atinja todo o Estado e não apenas a Capital.

"Nas primeiras ações, além da reestruturação, temos as campanhas para o mês de março e vários projetos que serão iniciados em Campo Grande e depois colocados à disposição dos colegas que tiverem interesse em implantá-los nas comarcas do interior", adianta.

Diante da realidade vivida em MS, o que seria necessário para mudar a situação da mulher que ainda sofre violência? Para Jacqueline, a questão da mulher em situação de violência é complexa e perpassa por questões culturais e psíquicas inerentes à sociedade atual e ao próprio ser humano.

"A mudança efetiva depende de políticas públicas gerais (de educação, saúde, etc.) e específicas (de educação sobre a questão de gênero, de acompanhamento psicológico para as vítimas e agressores, etc.) e a efetiva participação da sociedade por meio de suas várias instituições (igrejas, partidos políticos, etc.) e de cada um individualmente, para que seja compreendida a gravidade do problema e haja a difusão de uma cultura de não violência contra as mulheres".

A coordenadora explicou também que, apesar de setores da sociedade propagarem a opinião do senso comum de que não há uma cultura do estupro ou da violência contra a mulher, os dados da vida real são impactantes: no Brasil há uma denúncia de violência contra a mulher a cada sete minutos (Secretaria de Políticas Públicas da Presidência da República, Ligue 180, 2015); a cada 11 minutos uma mulher é estuprada (Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2015); e a cada 1h30 uma mulher é morta em razão exclusivamente do fato de ser mulher (IPEA, 2013).

"Ainda que efetivamente a maior parte das vítimas seja vulnerável economicamente, a violência contra a mulher não fica restrita a determinadas classes sociais. Porém, estes dados de que a maior parte das vítimas são mulheres negras e da periferia decorre principalmente da maior das mazelas de nosso país, a desigualdade social. Ampliar a rede de atendimento e do sistema judicial de garantias, a exemplo da Casa da Mulher Brasileira, são alternativas para que a Lei Maria da Penha tenha maior alcance e haja uma efetiva diminuição deste tipo de violação de direitos humanos", completou.

Ao final, Jacqueline contou o que se pode esperar da gestão 2017/2018 da Coordenadoria Estadual da Mulher em Situação de Violência Doméstica e Familiar de MS. "Muito empenho e dedicação para que o nosso Judiciário continue sendo modelo nesta área tão importante, visando ainda ampliar as ações de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a Mulher".

Conheça – Natural de Passo Fundo, Jacqueline Machado ingressou na magistratura em março de 2001. Em agosto do mesmo ano foi promovida para a comarca de Rio Negro e, em junho de 2006, outra promoção a levou para a comarca de Camapuã.

Por permuta, em 2005 passou a judicar em Nova Andradina e, em fevereiro de 2016, foi promovida para atuar em Campo Grande, comarca de entrância especial. Um mês depois, também por permuta, passou a titularizar a Vara de Medidas Protetivas.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Des. Ruy Celso Barbosa Florence empossado membro do CNPCP - 16/02/2017



Nesta quinta-feira (16), em solenidade de posse bastante prestigiada, com a presença do ministro interino da Justiça José Levi e do ministro licenciado da Justiça Alexandre de Moraes, o Des. Ruy Celso Barbosa Florence, do TJMS, foi empossado membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), o primeiro dos órgãos da execução penal do país, subordinado ao Ministro da Justiça.

O juiz Fernando Cury, presidente da Associação dos Magistrados de MS (AMAMSUL), representando os mais de 300 associados, fez questão de estar presente na solenidade para prestigiar a posse do desembargador do Tribunal de Justiça de MS. O ministro José Barroso Filho, do Superior Tribunal Militar, também marcou presença.

Em um momento tão difícil e importante, como o vivido atualmente na questão penitenciária, a presença de um magistrado de Mato Grosso do Sul em um Conselho Nacional certamente mostra a qualidade do trabalho que vem sendo realizado pela magistratura de MS – referência em gestão penitenciária.

Ao ser designado, Ruy Celso explicou a importância de participar do CNPCP, já que ajudará a esclarecer melhor as políticas públicas locais, levando informações das particularidades de Mato Grosso do Sul e consequentemente melhorias no desenvolvimento de políticas criminais e penitenciárias no Estado.

Questionado sobre problemas do sistema prisional, tão antigos e conhecidos pelos brasileiros, ele não escondeu que acredita na possibilidade de haver saída para isso. “Vários países encontraram essa solução. Tivemos índices de criminalidade enormes na Europa do século XVII e depois da segunda guerra mundial, e eles encontraram os caminhos. Acho que temos como encontrar essas saídas”.

Sobre a existência do crime organizado dentro dos presídios e a superlotação das penitenciárias, o desembargador esclareceu que a Justiça de Mato Grosso do Sul tem trabalhado intensamente na tentativa de amenizar esses problemas.

"Acho que temos muito a levar para o Ministério da Justiça. Mato Grosso do Sul tem o menor índice de presos provisórios no Brasil. Há 10 anos chegamos a ser recordista em presos provisórios nas penitenciárias e hoje temos a menor porcentagem que é de 20%. É verdade que temos 15 mil presos em MS, o dobro da capacidade do nosso sistema penitenciário, mas nossos juízes vêm, de uma forma ou de outra, inventando, criando e implantando novas ideias, conseguido soluções adequadas. Acho que estamos no caminho. Não o ideal ainda, mas um caminho relativamente bom".

Cerca de 40% dos presos do Brasil são provisórios e isso significa que não foram condenados e aguardam julgamento superlotando as cadeias. A forma de trabalho em MS seria um modelo a ser seguido? Na opinião de Ruy Celso, o destaque na justiça sul-mato-grossense está na agilidade dos magistrados na análise dos processos de réus presos e na progressão de regimes. Destaque também para os mutirões carcerários que anualmente revisam processos de réus presos evitando acúmulos.

"Com relação aos presos já sentenciados, e no regime fechado, logo que têm condições de mudar de regime para semiaberto e depois aberto, os juízes têm acelerado os processos. No regime aberto os detentos já estão trabalhando. No semiaberto, na medida do possível, quase todos também trabalham, com apoio de empresas não só em Campo Grande, mas nas maiores cidades do Estado".

Dos 15 mil presos em MS, aproximadamente 6.000 são por tráfico de drogas. Como separar os traficantes das mulas, pessoas que fazem o transporte das drogas? O desembargador explica que a dificuldade é identificar claramente quem são as mulas.

"Na verdade, existe uma zona cinzenta entre o traficante, membro de organização criminosa, e os presos que são propriamente "mulas", pois estas, por vezes, são difíceis de serem identificadas. Contudo, para isso, não depende só do Judiciário, mas muito da polícia. Temos que confiar nas investigações para que essas pessoas não entrem no regime fechado de forma desnecessária e injusta, porque uma vez no sistema penitenciário, se mulas eram deixarão de ser para pertencer a uma organização. Atualmente, quase todos que ingressam no sistema penitenciário acabam sendo imediatamente cooptados por alguma organização criminosa. Trata-se de uma questão de sobrevivência".

Seria possível melhorar a situação carcerária brasileira com o endurecimento das leis, já que resultam em crescimento no número de prisões?

"Criar prisões e prender pessoas só mostra que estamos fazendo mais do mesmo. Há 200 anos o Brasil faz isso. Estamos apenas endurecendo as penas e não solucionando nada. Claro que existem outros caminhos. Em MS temos uma previsão da própria polícia de inteligência: para cada pessoa que entra no presídio, no sistema penitenciário do Estado, ao menos oito outras, do lado de fora, são obrigadas a entrar na criminalidade para manter a integridade do encarcerado. Estamos trabalhando em um sistema "alien", do famoso filme, em que cada vez que se tenta destruir um ser alienígena, cria-se muitos outros ", concluiu.

Importante salientar que, desde sua criação, o CNPCP tem proporcionado valioso contingente de informações, análises, deliberações e estímulo intelectual e material às atividades de prevenção da criminalidade.

O CNPCP tem como atribuição a implementação, em todo o território nacional, de uma nova política criminal e principalmente penitenciária a partir de periódicas avaliações do sistema criminal, criminológico e penitenciário, bem como a execução de planos nacionais de desenvolvimento quanto às metas e prioridades da política a ser executada.

Conheça – O membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária é paulista e ingressou na magistratura sul-mato-grossense em fevereiro de 1986. Atuou como juiz nas comarcas de Bonito, Paranaíba, Aquidauana e na Capital, até ser promovido a desembargador em 2011. Foi membro efetivo do TRE/MS na classe Juiz de Direito e juiz auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça por dois biênios. Era juiz auxiliar da Presidência quando ascendeu ao cargo de desembargador.

É bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, especialista em Direito Penal e Criminologia, mestre e doutor em Direito das Relações Sociais, subárea Penal. É professor decano dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direto da Universidade Uniderp, Campo Grande, tendo sido o primeiro coordenador do Curso de Direito da mesma instituição e nome da primeira turma de formandos.

Ruy Celso foi ainda professor da Escola Superior da Magistratura de MS (Esmagis), por quase duas décadas, professor convidado da Escola Superior do Ministério Público de MS, professor convidado da Escola Paulista da Magistratura, da Escola de Magistratura do Ceará, membro fundador da Academia Sul-Mato-Grossense de Letras Jurídicas, membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, e atualmente vice-presidente da academia Sul- mato-grossense de Direito Público.

Foi presidente da Associação dos Magistrados de MS (AMAMSUL), professor do Departamento de Filosofia do Direito da PUC-Campinas, diretor da Escola Judiciária Eleitoral do TRE/MS, e diretor por dois mandatos da Escola Judicial de MS (Ejud-MS).Recebeu título de cidadão sul-mato-grossense da Assembleia Legislativa e títulos de cidadão campo-grandense, aquidauanense e paranaibense, das respectivas Câmaras Municipais. Tem várias obras jurídicas publicadas. Recentemente foi eleito presidente da Seção Criminal do TJMS e nomeado coordenador do núcleo de mediação do Tribunal de Justiça.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ adota medidas para redução do custeio de serviços e fornecimentos - 20/02/2017



Foto: Chico Ribeiro

Legenda: Apresentação do Equilíbrio Fiscal para MS

Em cumprimento ao disposto na Portaria nº 1.056/2017, baixada pelo presidente do Tribunal de Justiça, Des. Divoncir Schreiner Maran, com objetivo de reduzir em 20% o valor do custeio, a Secretaria de Bens e Serviços do TJMS adotou medidas visando o atingimento desta meta de redução do valor do custeio dos serviços e fornecimentos.

Foram determinadas as seguintes medidas:

- redução na cota trimestral de material de consumo para todas as áreas na proporção de 20% a partir do próximo atendimento (abril/maio);

- adoção de medidas para o uso racional do combustível da frota de veículos do Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul, com vistas ao atingimento da redução de consumo prevista pela Portaria;

- diminuição no fornecimento de leite para as serventias de Campo Grande na proporção de 50%.

O documento enviado às Secretarias e comarcas de MS ressalta ainda que os pedidos dirigidos à Marcenaria do TJMS serão analisados de forma criteriosa quanto à urgência/necessidade, de modo que somente serão aprovados pela Direção da Secretaria de Bens e Serviços os que forem tidos como indispensáveis.

A Portaria nº 1.056, publicada na última segunda-feira (13), tem o objetivo de prevenir riscos capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas do Poder Judiciário de MS, tendo em vista a restrição de ordem orçamentária e financeira enfrentadas pelas instituições públicas de todo o país.

De acordo com o presidente do TJMS, as medidas serão colocadas em prática imediatamente, comparando números anteriores em busca de resultados. A administração do TJ receberá, periodicamente, relatórios de despesas, por comarca, para averiguação e cobrança do atingimento da meta.

Portaria nº 1.056 – Pela norma, ficam estabelecidas, no âmbito do Judiciário de MS, a racionalização do gasto público, no custeio das atividades forenses (água, luz, telefone, material de consumo e serviço de terceiros, dentre outros gastos), aperfeiçoamento de pessoal, ajuda de custo, diárias, obras, aquisição de equipamentos, materiais permanentes e demais despesas de qualquer órgão do Poder Judiciário.

Conforme a Portaria, magistrados, diretores, chefes de cartório, secretários e demais detentores de cargo ou função de gestão devem ter o compromisso de racionalizar os gastos públicos, fiscalizando e repassando orientações aos servidores de suas respectivas áreas de trabalho, com vistas a atingir a meta estabelecida.

Os contratos e instrumentos congêneres relativos à aquisição de bens e à prestação de serviço serão reavaliados, assim como a prorrogação ou celebração de novos contratos deverão observar sempre a essencialidade de seu objeto e o relevante interesse público.

Reforma administrativa em MS – Nesta segunda-feira (20) o Governo do Estado encaminhou à Assembleia Legislativa uma reforma administrativa que vai garantir uma economia de R$ 130 milhões ao orçamento estadual este ano com o objetivo de assegurar a estabilidade financeira do Estado. A economia é decorrente da redução de cerca de mil cargos, entre comissionados e temporários, da revisão de contratos com fornecedores e da otimização de espaços físicos.

As principais mudanças da reforma são: redução das secretarias – passando de 13 para 10; restrição do limite de gastos com envio para a Assembleia da Proposta de Emenda Constitucional restringindo os gastos do Executivo ao IPCA – acrescido de 20% do crescimento real da Receita Corrente Líquida (RCL) e, ao mesmo tempo, limitados a 90% desse crescimento – medida abrange os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Tribunal de Contas, Ministério Público e Defensoria Pública; bem como a reforma previdenciária, que começa a ser discutida com os servidores nesta semana.

PEC do Limite de Gastos – A reforma administrativa é uma das ações que o Governo do Estado vai tomar como forma de buscar o equilíbrio fiscal. Outra medida é o envio para a Assembleia Legislativa, também nesta terça-feira, da Proposta de Emenda Constitucional do Limite de Gastos, restringindo o orçamento do Estado a sua arrecadação. A PEC vincula os gastos do Executivo ao IPCA – acrescido de 20% do crescimento real da Receita Corrente Líquida (RCL) e, ao mesmo tempo, limitados a 90% desse crescimento – e abrange os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, Tribunal de Contas, Ministério Público e Defensoria Pública.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juízes da Capital são promovidos a desembargadores do TJMS - 22/02/2017



Em concursos de promoção votados na sessão do Tribunal Pleno desta quarta-feira (22), os juízes José Ale Ahmad Netto, Jairo Roberto de Quadros e Geraldo de Almeida Santiago foram promovidos ao cargo de desembargador do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. Os magistrados foram promovidos por merecimento, antiguidade e merecimento, respectivamente, para ocuparem os cargos criados pela Lei nº 4.906/2016.

Nas promoções por merecimento também compuseram lista tríplice os juízes Jairo Roberto de Quadros e Geraldo de Almeida Santiago (no primeiro concurso de promoção) e Elizabete Anache e Emerson Cafure (no segundo concurso de promoção).

A solenidade de posse está marcada para o dia 8 de março, às 17 horas, no plenário do Tribunal Pleno. Os três devem atuar em Câmaras Criminais e compor as Seções Criminais.

Conheça os novos desembargadores:

José Ale Ahmad Netto nasceu em Paraguaçu Paulista, formou-se na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie (SP) em 1983 e, após ser aprovado no IX concurso de Provas e Títulos, ingressou na magistratura de MS em junho de 1988, na 9ª circunscrição.

Dois meses depois foi promovido para a comarca de Ribas do Rio Pardo. Em abril de 1992, foi promovido para Maracaju e, em outubro de 1999, novamente promovido para o cargo de juiz auxiliar em Campo Grande.

Na Capital, atuou no 8º Juizado Especial Cível e como membro da Turma Recursal, antes de ser designado para juiz auxiliar da Vice-Presidência (2011), juiz auxiliar da Corregedoria-Geral de Justiça (2013/2014) e para atuar como designado no TJMS como desembargador (2014/2016). É titular da 4ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos.

Ao ser promovido para o cargo de desembargador, depois de quase 29 anos de carreira, José Ale afirmou que é um momento feliz. "É mais uma etapa na vida e última da carreira, e depois de tantos anos de magistratura temos alguma bagagem. Mesmo já tendo atuado no TJMS, o cargo é sempre um desafio e é bom que seja, porque nos permite sentir motivado".

No tempo em que passou no Tribunal de Justiça, José Ale julgava nas áreas cível e como desembargador integrará uma das Câmaras Criminais. O que se pode esperar do novo desembargador?

"Serei um defensor da sociedade porque acredito no papel de defesa dos interesses gerais da sociedade. Temos que zelar por esses interesses", concluiu.

Sul-mato-grossense de Nova Andradina, **Jairo Roberto de Quadros** é formado pelas Faculdades Unidas Católicas de MT (Fucmat), turma de 1983, e ingressou na magistratura de MS em janeiro de 1989, na 3ª circunscrição.

Em junho de 1989 passou a judicar em Aparecida do Taboado e, em novembro de 1992, foi promovido para a comarca de Ponta Porã. Dois anos depois, a pedido e por remoção, deixou a área criminal para atual em vara cível na mesma comarca.

Em outubro de 1999, foi promovido para a 2ª Vara Criminal de Dourados, comarca onde atuou como integrante e suplente da Turma Recursal Mista. Por remoção, em novembro de 2014, passou a judicar na 3ª Vara do Juizado Especial Central em Campo Grande. Duas semanas depois, foi convocado para a função de desembargador.

"Embora atue no TJMS, sinto-me emocionado e honrado em passar a integrar uma Corte reconhecida nacionalmente pela excelência. Na verdade, o sentimento que me domina é o da gratidão a todos que, ao longo desse tempo da carreira, deram respaldo e estiveram ao meu lado".

Mesmo não sendo novo o trabalho, Jairo considera nova a jornada. "Do desembargador Jairo pode se esperar muito trabalho. Sempre procurei ser dinâmico, julgando com a rapidez necessária em respeito à aflição da parte, que busca a justiça para solucionar seu problema. Pretendo me manter atuando com celeridade e de maneira extremamente discreta", garantiu.

Formado pelas Faculdades Unidas Católicas de MT (Fucmat), em 1983, **Geraldo de Almeida Santiago** é campo-grandense e ingressou na magistratura sul-mato-grossense em junho de 1988, na 7ª circunscrição.

Dois meses depois, foi promovido para a comarca de Angélica, e em dezembro de 1990, uma nova promoção o levou para a comarca de Jardim. Em abril de 2000, foi promovido para a Capital e assumiu a 5ª Vara Cível Residual. Foi membro e suplente da Turma Recursal e, em 2015, atuou por três meses como juiz convocado no Tribunal de Justiça. É titular da 5ª Vara Cível Residual.

Questionado sobre o que sente um juiz ao ser promovido a desembargador, Geraldo confessa que é um misto de alegria e emoção, com sentimento de dever cumprido. "É a realização pessoal por atingir o ápice da carreira, fazendo bem feito o que lhe é proposto".

Ele sabe que a partir de agora aumenta sua responsabilidade porque integrará um colegiado, mas reconhece que será uma oportunidade de utilizar a bagagem jurídica adquirida ao longo da carreira. "Nada é fácil quando se trabalha com vida, liberdade, porque nos preocupamos com as pessoas. Sempre se quer fazer o melhor. Como desembargador continuarei dedicado e empenhado em fazer a justiça enquanto continuarei aprendendo com os nobres pares".

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Juízes completam 26 anos na magistratura de MS - 22/02/2017



21 de fevereiro de 1991. Quatro candidatos aprovados no XIV Concurso para o cargo de Juiz Substituto do Estado de MS: Edna Serrou Camy, Jairo Luiz de Quadros, Cezar Luiz Miozzo e Wagner Mansur Saad foram empossados para integrar a magistratura sul-mato-grossense. Vinte e seis anos depois, apenas Miozzo e Wagner estão na ativa. Edna e Jairo Luiz já estão aposentados.

A data foi comemorada pelo juiz Cezar Miozzo. Há 15 anos na Capital, ele lembra que no início da carreira a estrutura de trabalho era menor e as demandas eram diferentes, já que o Judiciário não era tão buscado para solucionar os problemas da população.

"A era dos computadores estava começando e trabalhávamos com máquina de escrever. Não havia celular nem internet de fácil acesso. Tínhamos um fax. Se hoje se reclama de estrutura deficiente, imagine naquela época. O mundo avançou muito e hoje é tudo mais fácil. Os processos são grandes, com teses volumosas. No início não havia tantas informações", lembrou.

Quase três décadas depois de optar pela magistratura, Miozzo é enfático ao afirmar: faria a mesma escolha. "Tenho a certeza que fiz a escolha certa, mas é preciso ter vocação. Aos que buscam essa carreira diria: temos que pensar que atrás de um processo existem pessoas, com suas angústias, na expectativa de que se resolva a demanda".

Dos lugares pelos quais passou, ele lembra com carinho de todas as comarcas, porém não esconde a paixão por comandar a 8ª Vara do Juizado Especial – Justiça Itinerante. "Atuar na Itinerante, em contato direto com a população, com pessoas que necessitam da justiça é gratificante. Muitas vezes os problemas são resolvidos de forma simples e você abre a porta que tem a solução para o que aflige aquela pessoa. Resolver processos, demandas é a profissão que escolhi e existe sempre o ser humano atrás do processo", ressaltou.

Dos 26 anos de judicatura, sendo 11 em Campo Grande, Wagner Saad tem uma visão muito pessoal e peculiar do tempo passado no interior. Ele acredita que em comarcas de primeira entrância o resultado do trabalho está mais próximo da atuação do magistrado.

"Quanto menor a sede da comarca, mais se conhece as pessoas, maior é o contato extraprocessual e o juiz consegue perceber um reflexo mais forte do trabalho na comunidade. No interior existe a identificação física do Poder Judiciário com quem ocupa momentaneamente o cargo de juiz. Na Capital não existe isso porque todos estamos envolvidos com outras preocupações. As atenções são outras".

Será que se arrepende da escolha pela magistratura? Ele diz que não e afirma categoricamente que tem ainda mais convicção de ter optado pela carreira certa. "Tenho absoluta certeza porque hoje talvez eu me conheça melhor. Os motivos daquele momento foram diferentes, entretanto não me vejo fazendo outra coisa".

Em um ponto Miozzo e Wagner são unânimes: o ser humano está em primeiro lugar. "A preocupação sempre foi entregar uma solução para o problema de alguém. Temos tipos diferentes de problemas e estes devem ser enfrentados de maneira diferente, mas nossa função não muda".

Em tom saudoso, ele lembra que se juntava com outros dois colegas na casa do amigo de turma de faculdade Cezar Miozzo para estudar para o concurso da magistratura. "Estudávamos mais de três horas diariamente juntos e depois cada um fazia seu horário porque todo mundo trabalhava".

Wagner citou um ponto importante: hoje a preocupação maior é a formação do juiz, em prepará-lo melhor para enfrentar a realidade no interior. Não existe um perfil específico de juiz, cada um tem um jeito de atuar.

Aos novatos na carreira, Saad diria: "Bem-vindos! Não desanimem porque os percalços vão acontecer. Tenham certeza do que estão fazendo, porque se não se arrependem do que fizeram hoje, não se arrependerão no futuro".

Ao concluir, ele citou uma frase que ouviu do juiz Ricardo Galbiati, titular da 2ª Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos da Capital. "O juiz que não consegue defender seus próprios direitos, não consegue ser juiz de ninguém".

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Citação eletrônica de presos começa fase de testes no Judiciário de MS - 24/02/2017



Foram realizados na manhã desta sexta-feira (24) os primeiros testes do sistema de citação e intimação de réus presos por videoconferência, garantindo que os oficiais de justiça cumpram mandados de uma sala do Fórum de Campo Grande.

O lançamento contou com a presença do juiz auxiliar da Presidência, Luiz Antonio Cavassa de Almeida, do presidente da OAB-MS, Mansour Elias Karmouche, do promotor de justiça Douglas Oldegardo dos Santos, do diretor-presidente da Agepen, Aud de Oliveira Chaves, entre outros presentes.

A iniciativa é do juiz diretor do Foro, Aluizio Pereira dos Santos, que ficou satisfeito com o resultado. Segundo ele, os testes demonstraram a eficácia do uso da videoconferência para esta finalidade. De acordo com o magistrado, a ideia de evitar o deslocamento dos oficiais de justiça até o presídio atende a pedido dos próprios servidores, os quais alegam que passam por diversos transtornos para cumprir estes tipos de mandados.

O diretor-presidente da Agepen ressaltou "que a iniciativa ainda está sendo testada, já que precisam ser avaliados todos os procedimentos de execução". No entanto, defende que o uso da tecnologia é importante para as ações de segurança no presídio, assim como já ocorrem nas audiências por videoconferência. "Caso seja realmente efetiva, a intenção é que a citação eletrônica possa ser estendida a outras unidades prisionais", frisou.

Neste primeiro momento foram realizadas três citações, duas delas de acusados presos e uma citação de intimação de sentença de pronúncia, sendo que dois dos processos se referiam ao cumprimento de cartas precatórias de Coxim e Naviraí. Novas audiências já serão agendadas, afirma o juiz, que explica também que nesta fase inicial as citações eletrônicas serão concentradas para presos que se encontram no Presídio de Segurança Máxima, com o intuito de ampliar para todos os demais estabelecimentos penais da Capital.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Eficiência: MS é destacado por ter um dos menores índices de presos provisórios - 24/02/2017



O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou, na noite desta quinta-feira (23), relatório sobre a situação carcerária no Brasil e Mato Grosso do Sul está em destaque no que se refere à quantidade de presos provisórios: é o segundo do país com menor percentual de presos provisórios.

Para se ter uma ideia do setor carcerário nos 26 Estados e no Distrito Federal, de acordo com CNJ, o país tem atualmente 654.372 presos. Desse total, mais de 433 mil já foram condenados e pouco mais de 221 mil estão em situação provisória.

Os números mostram o que já se sabia: a eficiência do trabalho dos juízes sul-mato-grossenses. Importante ressaltar que o levantamento foi elaborado em janeiro de 2017 diante da crise no sistema carcerário brasileiro, palco de grandes rebeliões em várias unidades da federação.

Mato Grosso do Sul tem mais de 15 mil presos e destes apenas 15,1% ainda aguardam julgamento. O contraste entre MS e outros Estados é notório. Em MS, os magistrados encontraram formas de evitar que os presídios fiquem ainda mais lotados.

Os resultados se devem a muitas questões, mas um exemplo disso é o trabalho de presos no regime semiaberto e aberto. Na Capital, o projeto Pintando e Revitalizando Educação com Liberdade se destaca com o trabalho de presos que reformam escola estaduais. A reforma é custeada com o dinheiro arrecadado por meio do desconto de 10% do salário dos presos. Esse trabalho já gerou economia de milhões para o Estado.

Os presos que estão hoje cumprindo pena em regime semiaberto pagam um percentual do seu salário pra fazer frente as despesas de manutenção no presídio. E parte do salário é direcionado ao Estado, ao Poder Público pra fazer frente a essas despesas. Parte é utilizada para reforma das escolas públicas estaduais. Estamos hoje na sétima escola pública estadual sendo reformada e quem pagou toda a reforma dessas escolas foram os próprios presos. O Estado já economizou algo em torno de R$ 3 milhões?, explicou o juiz Albino Coimbra Neto, juiz auxiliar da Vice-Presidência do TJMS e autor da bem-sucedida proposta.

Ele contou que existem quase 800 presos do regime semiaberto e aberto trabalhando. No regime fechado também há trabalho, mas é um número pequeno de detentos e nem todos são remunerados. ?No fechado a situação é um pouco diferente, um pouco mais difícil pela questão da superlotação, do espaço para as empresas lá se instalarem?, completou.

Para o presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, os números são reflexo do bom trabalho dos juízes e dos investimentos realizados em tecnologia e capacitação. ?Os juízes estão fazendo um ótimo trabalho na execução penal, o que nos garantiu o segundo lugar no país em menor número de presos provisórios no país?

No final de janeiro, o Des. Luiz Gonzaga Mendes Marques, que responde pela Coordenadoria das Varas de Execução Penal (Covep), já afirmava que a situação carcerária em MS não estava tão ruim porque os processos são julgados em prazos razoáveis, sem que tenha transcorrido muito lapso temporal.

Diversas ações. Outra iniciativa que gerou rapidez, custo baixo e ressocialização partiu da juíza da 1ª Vara de Caarapó, Cristiane Aparecida Biberg de Oliveira que permitiu que seis presos provisórios da comarca reformassem o setor de custodiados da Delegacia de Polícia Civil local, visando a melhoria das condições e instalações das celas onde os detentos são mantidos presos provisoriamente, proporcionando condições dignas para a permanência deles no local.

Não se pode esquecer do projeto Comunidade na Escola, implantado pela juíza Samantha Ferreira Barione, que responde pela Execução Penal de São Gabriel do Oeste, que acabou por se transformar em uma ótima oportunidade de trabalho.

Enquanto os presos não são alocados em postos de trabalho disponibilizados pelas empresas contratantes do Conselho da Comunidade, participam do projeto "Comunidade na Escola" e, junto com aqueles que cumprem pena de prestação de serviços à comunidade, vêm realizando serviços de manutenção, conservação e limpeza das escolas estaduais. E mais: a juíza acaba de firmar parceria com o Executivo municipal para que os reeducandos façam o mesmo trabalho nas escolas municipais.

Alternativas. Outra forma de evitar que as unidades penais fiquem ainda mais lotadas são as penas alternativas, quando a pena restritiva de liberdade pode ser convertida em restritiva de direitos. Os condenados prestam serviços à comunidade ou pagam pecúnias e os valores arrecadados são direcionados a projetos que atendem à comunidade.

A proposta fez tanto sucesso na Capital que já começa a ser expandido para o interior. Números recentes de São Gabriel do Oeste mostram que em 2016, a justiça estadual destinou R$ 99.225,50 a entidades beneficentes daquele município.

Em relação às penas pecuniárias, ao longo dos anos tivemos um incremento muito grande. Isso é fruto da aplicação das penas em maior número pelos juízes criminais de todo o Estado, em especial de Campo Grande. Para se ter uma ideia, em 2009 foram destinados pouco mais de R$ 30 mil pras entidades beneficentes, assistenciais, e em 2016 foram destinados mais de R$ 1,5 milhão para as entidades de Campo Grande. A sociedade passou a ter um benefício muito maior em função da aplicação em larga escala desse tipo de pena como uma alternativa à prisão. E Mato Grosso do Sul, a exemplo de outros nove Estados, foi destaque pelo CNJ recentemente, onde se verificou que em 2016 se aplicou mais pena alternativa do que pena de prisão?

Há ainda o Provimento nº 151, de 26 de janeiro de 2017, da Corregedoria-Geral de Justiça, que regulamenta o monitoramento eletrônico em âmbito estadual, cujo planejamento da utilização e distribuição equitativa dos equipamentos de monitoração eletrônica disponibilizados ao Poder Judiciário será realizado pela Covep. Hoje estão em funcionamento pouco mais de 100 tornozeleiras, mas o Estado licitou e o processo de compra dever ser concluído em breve, para outras duas mil tornozeleiras.

Em Campo Grande já existe uma Unidade Mista de Monitoramento, mas a expectativa é que todo o Estado de MS tenha o serviço, criando assim um verdadeiro presídio virtual. Não se pode esquecer que o uso do monitoramento é mais uma ferramenta para equacionar o problema da falta de vagas nas unidades prisionais.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

TJ terá Escritório de Processos para redesenho das rotinas de trabalho - 24/02/2017



Está publicada no Diário da Justiça desta quinta-feira (23) a Portaria nº 1.070, de 20 de fevereiro de 2017, que implementa o Escritório de Processos no âmbito no Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul. A medida está de acordo com o Plano Estratégico 2015-2020 do PJMS dando efetividade ao objetivo de ser eficiente nas rotinas e trabalhos administrativos.

O Escritório de Processos será vinculado à Coordenadoria de Racionalização e Projetos Estratégicos da Assessoria de Planejamento do TJMS, tendo a finalidade de acompanhar e aprimorar os processos de trabalho, visando a eficiência, qualidade, evolução e melhoria contínua.

Segundo a normatização, das atribuições do Escritório de Processos pode-se destacar: implementar as diretrizes estabelecidas na Portaria nº 1.070/2017 e auxiliar a Administração no seu aperfeiçoamento; disseminar a cultura da gestão de processos de trabalho e promover ampla divulgação; prestar apoio e assessoramento técnico aos gestores institucionais e às equipes de trabalho de processos; dentre outras.

Foi adotada a metodologia BPM (Business Process Management); uma forma de visualizar as operações da organização que ultrapassa a visão ortodoxa das estruturas funcionais, compreendendo todo o trabalho executado para entregar o resultado (produto ou serviço) do processo, independentemente das áreas funcionais envolvidas.

A Portaria nº 1.070/2017 contém um anexo com todos os detalhes da Metodologia de Gestão de Processos de Negócios que será implementado nas rotinas administrativas do PJMS. Diante do aumento da exigência de qualidade nos serviços públicos por parte da sociedade e do foco em melhoria de gestão que o CNJ e órgãos de controle externo como o TCU exigem, o Poder Judiciário de MS busca sempre avançar mais rápido, em direção à excelência.

O Tribunal de Justiça, por intermédio do projeto Redesenho das Rotinas de Trabalho do PJMS, desenvolvido pela Assessoria de Planejamento (ASPLAN) em parceria com a Escola Judicial de MS (Ejud-MS), capacitou servidores de 11 áreas administrativas, no período de julho a dezembro de 2016.

O treinamento, realizado pela empresa Brainstorming Assessoria de Planejamento e Informática Ltda, proporcionou conhecimentos em modelagem de processos com o objetivo de melhorar as rotinas de trabalho, alcançando, consequentemente, resultados mais expressivos.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Tribunal de Justiça de MS empossa três novos desembargadores - 08/03/2017



A partir de agora, o Poder Judiciário de MS tem 35 desembargadores. A solenidade de posse dos novos integrantes da mais alta Corte de justiça sul-mato-grossense, presidida pelo Des. Divoncir Schreiner Maran, foi realizada na tarde desta quarta-feira (8). O plenário do Tribunal Pleno não foi suficiente para tantos familiares, amigos e autoridades.

Conduzidos ao plenário pelo decano e pelo mais moderno, os juízes José Ale Ahmad Netto, Jairo Roberto de Quadros e Geraldo de Almeida Santiago prestaram o compromisso legal e assumiram o cargo de desembargador do Tribunal de Justiça.

A saudação de boas-vindas aos novos desembargadores coube ao Des. Dorival Renato Pavan, que considerou o número três representativo de amadurecimento e garantiu que os empossandos devem celebrar essa data com amigos e familiares, com orgulho, pois mereceram. "Conquistaram com louvor e decência da Constituição Federal e, de igual forma, a Pantaneira".

Chamando a magistratura de sacerdócio, ele afirmou que o bom juiz sabe equilibrar e harmonizar a tutela jurisdicional efetiva e a celeridade, que não se descuida de entregar à sociedade uma prestação jurisdicional de qualidade, fazendo-o em tempo razoável, mesmo não sendo um equilíbrio fácil.

"Saibam que o louvor e o reconhecimento público de suas atuações, nos difíceis caminhos pelos quais passaram, do ato de posse como juízes substitutos até o presente momento, servirá de norte para aperfeiçoamento das qualidades que os trouxeram até aqui. Essas qualidades certamente serão mantidas e alargadas em prol da importância do cargo que agora passam a deter em nome do Estado e dirigido aos jurisdicionados".

Para o presidente da Associação dos Magistrados de MS (AMAMSUL), Fernando Chemin Cury, a magistratura vê a ascensão dos três juízes ao mais alto posto da justiça sul-mato-grossense com muita alegria.

"Primeiro porque é o coroamento de uma carreira solidificada sobre muito trabalho, muita dedicação, pois são magistrados que sempre atuaram com muito afinco. Segundo porque são de fato membros do Poder Judiciário desde o início. Todos eles são juízes de carreira, o que sigifica que conhecem muito mais a realidade na justiça de MS e realmente são dotados do dom de julgar".

O presidente da OAB/MS, Mansour Elias Karmouche, cumprimentou os três novos integrantes do Tribunal Pleno. "Desejo que os senhores engrandeçam a nossa história, dando continuidade à dedicação que sempre tiveram pela magistratura, cumprindo com aquela missão valorosa e cotidiana de fazer justiça com a estrita responsabilidade de preservar o rito jurídico sem perder a sintonia com a realidade social".

Karmouche apontou que se vive um novo momento, um novo mundo está se abrindo, novas ideias estão surgindo, a democracia está se aprimorando. "Antigamente poucos sabiam quem eram os juízes, desembargadores e ministros dos tribunais superiores. Agora, dependendo da repercussão de uma decisão, a magistratura se personifica e os juízes passam a ser ídolos nacionais. Não temos consições de avaliar se isso é positivo ou negativo. A história dirá".

Para finalizar, o presidente da OAB/MS afiançou: "(...) Estamos de maneira silenciosa construindo um novo modelo de justiça. A OAB/MS está atenta e disposta a ser partícipe junto com o Judiciário nesta jornada. Saudamos os novos desembargadores, na certeza de que saberão cumprir a grande missão que a sociedade de MS neste momento lhes outorga".

Em nome do Ministério Público falou o Procurador-Geral de Justiça, Paulo Cézar dos Passos. Ele ressaltou a honra de participar da solenidade por distinguir nesses momentos um significativo passo em direção ao aperfeiçoamento dos mecanismos de administração e renovação do aparato da justiça.

"Entendemos que a inserção de novos magistrados da mais alta Corte de MS significa avanço na meta da pluralidade e heterogeneidade na composição dos tribunais, condição indispensável para a evolução e revitalização do Poder Judiciário".

Ele expressou a certeza de que os juízes que trocam o Fórum pelo TJMS honrarão a nova missão, por saber que suas vidas profissionais tiveram como baliza o compromisso com a justiça e a defesa dos direitos, meta para a qual puseram à prova sua experiência, seu saber, sua inteligência e os valores da ética, da honra e da dignidade, fundamentos da integridade por excelência da magistratura.

"Queremos expressar a certeza de que o Poder Judiciário cumprirá seu papel com eficiência na quadra de crise que estamos atravessando, assegurando o rígido cumprimento das leis, nos termos em que já dizia Montesquieu: Quando vou a um país, não examino se há boas leis, mas se são executadas as que há, pois há boas leis por toda parte".

Os três novos desembargadores discursaram e todas as falas estavam carregadas de emoção. O Des. José Ale Ahmad Netto foi o primeiro a usar a palavra. De forma simples e sincera, ele agradeceu a Deus, ao amor e respeito dos pais cujas lições o mantiveram em pé, e aos desembargadores por proporcionarem este momento de alegria.

"Podem estar certos que aqui estou com o propósito de somar e conviver de forma afável e cordata. Tenho de cada um de vocês boas lembranças e com alguns convivência duradoura e respeitosa nesses quase 30 anos de judicatura", garantiu.

Ele citou fatos de quando iniciou a carreira, apontou juízes que então o ajudaram com exemplos e conselhos valiosos e falou sobre a sobrinha e a procuradora que vestiram nele a toga. "Alguns chegaram a me adotar como filho e se não cito todos os nomes, em cujo esquecimento neste momento de emoção pode parecer ingratidão, mas ao contrário, todos estão na minha mente e coração".

Ao concluir, o Des. José Ale lembrou que a carreira é extremamente árdua e são muitos os percalços e imensas dificuldades e citou São Tomás de Aquino: "Dê-me, Senhor, agudeza para entender, capacidade para reter, método e faculdade para aprender, sutileza para interpretar, graça e abundância para falar, acerto ao começar, direção ao progredir e perfeição ao concluir...".

O Des. Jairo Roberto de Quadros começou citando Eclesiastes, agradeceu aos desembargadores pela promoção e confessou estar demasiadamente feliz. "Ao completar 28 anos de magistratura, ressalto a imensa felicidade com que passo a compor esta respeitável Corte de Justiça, reconhecida nacionalmente pela excelência de seus posicionamentos, admirada pela sua produtividade, face à idoneidade, dedicação e capacidade de cada um dos seus integrantes".

Ele citou nominalmente desembargadores atuais e aposentados como reconhecimento pelo apoio no início da carreira. Lembrou dos pais falecidos, citou o irmão Jairo, hoje juiz aposentado, e fez uma linda homenagem à esposa e aos filhos.

"A homenagem a mim formalmente encaminhada na data de hoje deve ser prestada a vocês. Aceitem-na, usufruam comigo deste inesquecível instante, saboreiem e aproveitem cada milésimo de segundo deste marco, pois são merecedores da realização e da felicidade que revestem esta solenidade. É justo. (…) Prossigamos em nossas jornadas, com o sublime perfume das mais gratas recordações da vida, dando-nos a convicção de que tudo realmente valeu a pena".

O Des. Geraldo de Almeida Santiago chegou ao TJMS trazendo, segundo ele, além do cabedal jurídico indispensável, a experiência auferida na judicatura por 29 anos. Em seu discurso, ele ressaltou: cabe ao Poder Judiciário distribuir justiça, com entendimento de que o direito é a arte do bom e do justo.

Ele agradeceu amigos, familiares e pessoas a quem tem sentimento de gratidão, a quem chamou de mestres por se destacarem na sua caminhada jurídica, desde os bancos universitários.

"Meus queridos. Sem a ajuda, o apoio de vocês e de Deus a frente de tudo, jamais chegaria a esta glória. Parafraseando o amigo e poeta Des. Marcão, quando parabenizou uma colega de trabalho:... quem persevera alcança objetivos, quem se dedica e, principalmente, quem planta, colhe bons frutos. Seu sucesso é o resultado do conjunto de sua obra...". E permita-me, nobre colega, tomá-la também pra mim. Um beijo em seu coração".

Geraldo citou também desembargadores que foram seus professores, juízes com quem trabalhou, agradecendo pelas experiências e ensinamentos proveitosos e incentivadores que o trouxeram para compor a Corte.

Parabenizando os dois pares pela investidura, ele finalizou: "Agradeço a Deus pela vida plena que me concedeu, pela família, pelos amigos que me cercam e, sobretudo, pela oportunidade de servir por intermédio da judicatura aos jurisdicionados do meu Estado de MS, o que faço com muito orgulho como Campo-grandense que sou".



Empossados os três novos desembargadores do Tribunal de Justiça de MS

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Videoconferência é realizada pela 1ª vez por um Desembargador de MS - 13/03/2017



Mais uma vez a custo zero para os cofres públicos, foi realizada, na tarde da última sexta-feira (10), pelo Des. Eduardo Machado Rocha, uma videoconferência para ouvir três testemunhas de um processo que tramita na comarca de Chapadão do Sul, distante 355 km da Capital. Esta foi a primeira vez que um Desembargador do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul utilizou desta tecnologia para realizar um ato em um processo.

A iniciativa, que já é utilizada por juízes de primeiro grau em diversas comarcas de MS, evitou custos com diárias do magistrado e servidores, uso do carro, além da ausência do Desembargador no TJMS para realização dos trabalhos cotidianos.

Todo o procedimento ocorreu sem nenhuma intercorrência, sendo nítidas as imagens para ambas as partes que participaram da iniciativa. A utilização deste tipo de expediente nos processos judiciais é prevista no Código de Processo Civil.

"Eu resolvi realizar esta videoconferência por uma economia de tempo e custos. Para se deslocar até a comarca de Chapadão do Sul, para ouvir três testemunhas, sendo que o Tribunal de Justiça oferece uma tecnologia tão avançada, é o melhor caminho. Até porque o próprio Código de Processo Civil possibilita a utilização da videoconferência para realizar audiências", disse Eduardo Rocha.

Ainda segundo o magistrado, o trabalho feito diante de um computador é muito semelhante ao procedimento realizado pessoalmente, não prejudicando no entendimento sobre o que está sendo discutido no processo.

"Eu vejo que não há a necessidade de sair do gabinete e se deslocar para tão longe, se posso utilizar desta tecnologia. É uma forma clara e transparente. É como se estivesse realmente diante das partes e tudo ocorreu a bom termo, com todos os incidentes de uma audiência comum", explicou o desembargador.

Para o presidente do Tribunal de Justiça, Des. Divoncir Schreiner Maran, a iniciativa é positiva e está alinhada com necessidade de se fazer cada vez mais, com menos e com mais eficiência. “Além disso, em meio às adversidades devemos ser criativos e acima de tudo competentes. Assim vejo esta iniciativa exitosa do Des. Eduardo Machado Rocha”.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Judiciário de MS é destaque no Jornal da Globo pela aplicação de penas alternativas - 17/03/2017



Em matéria jornalística exibida na edição de quinta-feira (17), o Jornal da Globo destacou a aplicação de penas alternativas pelos magistrados sul-mato-grossenses, fato também destacado pelo Conselho Nacional de Justiça em relatório divulgado no mês de fevereiro.

O relatório Justiça em Números do CNJ aponta que, no ano de 2015, os juízes de MS optaram em 2.238 casos pela execução de penas não privativas de liberdade e apenas em 873 processos pela execução de penas privativas de liberdade.

O Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul é referência para o país na aplicação de penas alternativas graças ao bom funcionamento da Central de Execução de Penas Alternativas (CEPA), vinculada à 2ª Vara de Execução Penal de Campo Grande. As mudanças na forma de arrecadação das penas pecuniárias tiveram início no ano de 2010 e foram iniciativa do juiz Albino Coimbra Neto, titular da 2ª VEP, e, desde então, as entidades que desejam receber doações da CEPA devem formular um projeto explicando detalhadamente em que consiste, quem são os beneficiados, o valor do investimento e o prazo de conclusão.

Desde esta remodelação na forma de arrecadação de penas pecuniárias, dezenas de projetos sociais tornaram-se realidade e a evolução dos valores destinados às instituições reflete isso. No ano de 2010, foram repassados pouco mais de R$ 50 mil a 7 instituições da Capital. Já no ano passado, sétimo ano de distribuição de recursos a entidades com projetos sociais, foram repassados mais de R$ 1,5 milhão a 15 entidades filantrópicas da Capital.

No ano de 2016 receberam recursos da Cepa as seguintes instituições: Associação Franciscanas Angelinas (Afrangel), Centro de Apoio e Orientação à Criança – Vovó Miloca, Cotolengo Sul-mato-grossense, Fazenda Esperança, Grupo da Fraternidade Espírita "Hilário Silva", Grupo Espírita Amor e Paz, Hospital de Câncer Alfredo Abrão, Hospital São Julião, Lar Nossa Senhora Aparecida, Instituto Luther

King, Hospital Nosso Lar, Obra Kolping do Brasil, Escola Clínica Santa Terezinha, Associação Pestalozzi e Centro Multiuso "O Picolé".

Atualmente o Poder Judiciário se tornou de extrema importância para o desenvolvimento destas instituições sociais, que contam com o auxílio dos recursos das penas pecuniárias para tirar do papel diversos projetos de melhorias, expansão e ampliação dos serviços prestados.

Penas alternativas – A possibilidade da aplicação de uma pena alternativa surge quando a condenação não supera quatro anos de prisão, quando o crime não foi cometido mediante violência e o réu não é reincidente. Nestes casos, o juiz pode substituir a prisão por penas alternativas, tais como penas pecuniárias (pagamento em dinheiro) ou prestação de serviços comunitários.

O modelo pioneiro de Campo Grande quanto ao gerenciamento dos recursos arrecadados com as penas pecuniárias, onde há todo um trâmite legal para destinação dos recursos a projetos, sobretudo de maior relevância e impacto social, ganhou reconhecimento nacional e hoje o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução nº 154/2012, definiu a política institucional do Poder Judiciário nacional quanto à destinação dos recursos oriundos da aplicação da pena de prestação pecuniária, aos moldes do que é feito na Capital de MS desde 2010.

Vídeo – Confira a matéria exibida pelo Jornal da Globo no link:

http://g1.globo.com/jornal-da-globo/edicoes/2017/03/16.html#!v/5730949

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

110º Encontro do Conselho dos TJs aprova a Carta de São Paulo - 20/03/2017



Foto: Comunicação Social/TJSP

Com a participação do presidente do Tribunal de Justiça de MS, Des. Divoncir Schreiner Maran, terminou na última sexta-feira (17) o 110º Encontro do Conselho dos Tribunais de Justiça, em que presidentes das Cortes estaduais reuniram-se para debater os rumos dessa área do Judiciário, que é a mais próxima da população. Entre outros temas, os magistrados deliberaram sobre práticas de gestão e inovações na mediação, ouviram o corregedor nacional de Justiça, ministro João Otávio de Noronha, e homenagearam o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Enrique Ricardo Lewandowski. O documento final aprovado pelos desembargadores, a Carta de São Paulo, elencou as disposições dos magistrados em três temas: reafirmação do compromisso com o aprimoramento da prestação jurisdicional, repúdio ao artigo 13, §2º, do PL 343/2017 e manifestação de discordâncias em relação à PEC 287/2016 – que institui a reforma da Previdência.

O evento aconteceu no Palácio da Justiça, sede do TJSP. O presidente do Conselho dos Tribunais de Justiça e integrante do TJ de Minas Gerais, desembargador Pedro Carlos Bitencourt Marcondes, informou aos participantes sobre o andamento de projetos de lei no Legislativo federal de interesse do Judiciário e falou sobre estratégias para ações conjuntas voltadas ao aprimoramento dos serviços forenses. “As Cortes são organizações complexas, com orçamentos algumas vezes na casa dos bilhões, e que possuem um desafio muito grande, que é prestar jurisdição com celeridade e eficiência”.

Confira abaixo e no arquivo anexo a íntegra da Carta de São Paulo, documento aprovado pelos presidentes ao final do Encontro.

"CARTA DE SÃO PAULO

110º ENCONTRO DO CONSELHO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

O CONSELHO DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA, reunido na cidade de São Paulo (SP), ao final do 110º Encontro, no dia 17 de março de 2017, divulga, para conhecimento público, as seguintes conclusões, aprovadas por unanimidade:

1) REAFIRMAR seu compromisso em buscar o aprimoramento de processos de trabalho para atingimento de metas que proporcionem melhor prestação do serviço jurisdicional;

2) APRESENTAR veemente reprovação à disciplina inscrita no artigo 13, §2º do PL 343/2017 que, determinando o recolhimento das disponibilidades de recursos de cada Poder para conta única do respectivo Tesouro, esvaziará o fundo de despesa dos Tribunais de Justiça, com graves prejuízos à sua higidez financeira;

3) MANIFESTAR sua discordância à proposta de alteração da competência para julgamento das ações acidentárias inserida no bojo da PEC 287/2016. A Justiça Estadual possui largo conhecimento no trato da questão e estrutura técnica e operacional adequada para assegurar o julgamento célere e qualificado dos processos desta natureza.

São Paulo (SP), 17 de março de 2017."

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação, com informações da Comunicação Social do TJSP

Conferência debate direitos humanos das mulheres indígenas - 21/03/2017



Na noite de segunda-feira (20) e durante todo o dia de hoje (21), está sendo realizada a Conferência Ancestralidade: Mulheres e Sábios Indígenas. O evento reúne, no plenário criminal do TJMS, representantes indígenas de diferentes etnias para discutir os direitos humanos das mulheres indígenas, além das cosmovisões dos anciãos indígenas, despertando o interesse de todos para a manutenção da cultura dos povos indígenas.

Realizada pelo Comitê Intertribal Memória e Ciência Indígena (ITC), com a parceria da Embaixada do Canadá e apoio do Tribunal de Justiça, a conferência pretende retomar o debate acerca da construção necessária para a melhoria de condições de vida dos indígenas em MS.

Segundo dados do ITC, Mato Grosso do Sul apresenta o 2º maior número quantitativo de população indígena no Brasil. Os dados mostram que o momento de interação e diálogo é de suma importância no processo histórico de luta e resistência dos povos indígenas.

Os participantes pretendem compreender como agem as mulheres indígenas nas desigualdades sociais, econômicas, políticas e culturais com o reconhecimento de sua vivência, à educação, bens de consumo, mediante sua inserção no mercado de trabalho e a efetivação dos direitos humanos da mulher.

O destaque da noite de abertura do evento ficou para a importância dos anciãos para a sobrevivência da sociedade indígena, por meio da transmissão oral dos saberes indígenas como cultura, rituais, mitologia, cura pelas ervas, entre outros.

Na fala das lideranças indígenas ficou claro que a transmissão dos saberes é essencial para a sobrevivência das diferentes etnias não só no país, mas no mundo, o que torna os anciãos valorosos para o resgate cultural das tradições abandonadas e/ou perdidas a partir do contato dos indígenas com áreas urbanas, pois os anciãos representam a história e a cultura indígenas.

O que todos desejam, como externado no evento, é a construção de um novo sistema para os povos indígenas, pautado pelos próprios indígenas, garantindo a manutenção de seus direitos, além da equidade de oportunidades e preservação da cultura.

O coordenador e articulador internacional dos Jogos Mundiais dos Povos Indígenas, Marcos Terena, lembrou dos 10 anos da Declaração Universal dos Direitos Indígenas e dos 40 anos da criação do Estado de Mato Grosso do Sul, considerou a data da conferência histórica e garantiu que a intenção é mostrar que os povos indígenas não têm apenas a Funai como foco.

"É hora de ampliar as alianças e construir novos diálogos. Queremos mostrar o que é o índio na modernidade. O que vocês estão vendo aqui eu já disse na ONU em 1992: caminhar em direção do futuro nos rastros dos nossos antepassados. Aqui temos índios que são agrônomos, poetas, líderes em suas comunidades, pastores, missionários. O índio é a única sociedade do mundo que não é ateu. Podemos não ter religião, mas acreditamos na força do grande criador".

O embaixador do Canadá no Brasil, Ricardo Savone, confessou estar honrado em fazer parte de um evento que discute temas tão importantes. Ele trabalha com indígenas desde que chegou ao Brasil e afirmou aprender muito sobre os desafios que enfrentam e com a força que imprimem para promover suas causas.

"Tenho muito orgulho do Canadá ser o anfitrião da 2ª edição dos jogos internacionais indígenas este ano. Em todas as interações com representantes indígenas notei o profissionalismo, a organização e a eficácia da sociedade civil indígena do Brasil. No Canadá tivemos um passado conturbado nas relações entre o governo e os povos indígenas. Ainda temos um caminho longo caminho a percorrer", disse.

Segundo Savone, um dos temas políticos mais importantes no Canadá atualmente é a reconciliação com as primeiras nações, como os povos indígenas se chamam lá. É tão importante que, neste ano em que se comemora o 150º aniversário do país, o governo anunciou que a reconciliação com os povos indígenas será um dos quatro temas prioritários ao longo de 2017.

"As primeiras nações do Canadá sofrem com a taxa de pobreza, serviços públicos inadequados, bem como de criminalidade e violência. Nos últimos anos, o Canadá tem visto o surgimento de movimentos ativistas exigindo mais ação para apoiar as primeiras nações. Na última década, o Canadá pediu desculpas formais aos povos indígenas. O governo canadense criará uma Comissão da Verdade sobre o tratamento dado aos povos indígenas".

Representando os anciãos estavam Miguelina da Silva e Flausino Terena, conhecido como Turu, além do secretário estadual de Cultura Athayde Nery de Freitas, representando o Governador de MS, a subsecretária de Políticas Públicas para População Indígena Silvana Albuquerque; o diretor-executivo da Fundação Ueze Zahran, César Quintas Guimarães; o presidente da Fertel, Bosco Martins, a subsecretária Municipal de Políticas para a Mulher, Carla Stephanini, representando o prefeito Marcos Trad, além de outras autoridades.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Inédito: Judiciário de MS realiza depoimento especial por videoconferência - 30/03/2017



O Poder Judiciário de Mato Grosso do Sul inovou mais uma vez. Na tarde de terça-feira (28), os juízes de Paranaíba e Aparecida do Taboado realizaram uma audiência por videoconferência e seria mais uma, na árdua rotina de trabalho, se não fosse por um detalhe: foi uma audiência de Depoimento Especial. Esta foi a primeira audiência de Depoimento Especial por videoconferência realizada no Brasil, segundo dados da Coordenadoria da Infância e Juventude de MS (CIJ).

Uma adolescente de 13 anos foi ouvida pela assistente social de Aparecida do Taboado, em um processo de réu preso em Paranaíba. O réu preso é o padastro da menina e dela abusou durante anos. A família morava em Aparecida do Taboado e, para fugir do Conselho Tutelar naquela comarca quando descobertos os abusos, mudou-se para Paranaíba. Na nova cidade, o abusador foi preso em flagrante.

A juíza Kelly Gaspar Duarte Neves, que responde pela Vara da Infância em Aparecida do Taboado e acompanhou a audiência/depoimento especial, classifica a experiência como excelente. Ela lembra que há algum tempo as audiências de réus presos são feitas por videoconferência.

"Nossa assistente social foi devidamente capacitada e esta foi nossa primeira audiência de Depoimento Especial e, ao mesmo tempo, a primeira a ser realizada por videoconferência no Estado. A menina chegou uma hora antes do início para os procedimentos de acolhida e, somente com a técnica, reportou toda a situação. Evitamos a revitimização", esclareceu.

Para a juíza, a utilização de videoconferência é um procedimento sem volta. De acordo com ela, como o presídio fica em Paranaíba, o juiz daquela comarca não manda mais carta precatória. Faz-se a audiência por videoconferência e tudo é resolvido rapidamente, agilizando muito a tramitação do processo.

"De público, quero agradecer à Coordenadora da Infância e Juventude, juíza Katy Braun do Prado, por capacitar nossas técnicas, e ao presidente do TJMS, Des. Divoncir Schreiner Maran, por propiciar

todo aparato eletrônico que agiliza o trabalho dos juízes. Essa forma de trabalho é boa para todos por garantir a segurança jurídica e antecipar em muito as ações penais. Agradecer ainda ao juiz Cássio Roberto dos Santos, de Paranaíba, que nos propôs o Depoimento Especial por videoconferência, uma experiência fantástica, evitando a revitimização. Fico feliz em relatar o sucesso do trabalho".

A vítima e os irmãos voltaram a residir em Aparecida do Taboado, sob a guarda do pai.

Depoimento especial – A inovação com a realização da audiência de Depoimento Especial por videoconferência prova que o Poder Judiciário de MS está, cada vez mais, investindo na forma de respeitar a vítima de abuso sexual. Ao assumir a CIJ, a juíza Katy Braun salientou a necessidade de fomentar a ampliação das salas de depoimento especial para a escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de abuso sexual.

A intenção agora é enviar o modelo de trabalho ao Conselho Nacional de Justiça como mais uma das boas práticas da justiça sul-mato-grossense. E não se pode esquecer de mencionar que as técnicas da CIJ estão realizando o circuito de supervisão e, somente em março, já visitaram as comarcas de Dourados, Caarapó, Naviraí, Itaquiraí, Iguatemi, Eldorado, Mundo Novo, Itaporã e Sidrolândia.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

Des. Bertelli é designado para CEJAI e como Corregedor-Geral Adjunto - 31/03/2017



Além de atuar em Câmara Cível, em Seção Cível e no Tribunal Pleno, o Des. Vilson Bertelli foi designado para exercer a função de Corregedor-Geral de Justiça Adjunto e para compor a Comissão Estadual Judiciária de Adoção Internacional de MS (CEJAI). As duas designações foram publicadas no Diário da Justiça, edições nº 3767 e 3771 respectivamente.

Questionado sobre as novas áreas de atuação, Bertelli lembrou que são desafios que exigem muita responsabilidade e que reúne condições de atender as expectativas do Des. Romero Osme Dias Lopes, Corregedor-Geral de Justiça, responsável pelas designações.

"É uma honra ocupar essas funções e as designações revelam a confiança que, de alguma forma, o Corregedor tem no meu trabalho porque nos identificamos, isto é, temos o mesmo pensamento no que se refere às ações da Corregedoria. Além disso, o Des. Romero pretende transformar a CEJAI/MS em modelo para todo o país e confia que poderei contribuir nesse trabalho".

Conheça – Na maioria dos estados brasileiros, as CEJAIs são presididas pelo Corregedor-Geral de Justiça, como é em Mato Grosso do Sul.

Compete à CEJAI de MS exercer as obrigações operacionais e procedimentos que não se incluam naquelas de natureza administrativa a cargo da Autoridade Central Administrativa Federal, respeitadas as determinações das respectivas leis de organização judiciária e normas locais que a instituam.

Autor da notícia: Secretaria de Comunicação - imprensa@tjms.jus.br

DISCURSO PROFERIDO PELO DES. JOÃO MARIA LÓS POR OCASIÃO DA SOLENIDADE DE DESPEDIDA DO CARGO DE PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Aos vinte e seis dias do mês de janeiro no ano de dois mil e dezessete

Excelentíssimo Senhor Pedro Carlos Bittencourt, mui digno Presidente do Conselho dos Tribunais de Justiça, na pessoa de quem peço vênia para saudar todas as autoridades aqui presentes.

Senhoras e senhores.

Neste momento em que completo meu mandato de Presidente deste egrégio Tribunal de Justiça, e me pronuncio derradeiramente nessa condição, recordo-me do tom do meu discurso quando do dia em que assumi o cargo, pois na ocasião, dentre outras colocações, uma especial tenho muito presente em mente pelo tanto que me tocou, quando eu disse: (...) rogando a proteção de Deus, assumo o cargo com determinação e entusiasmo e a promessa de fazer o meu melhor.

Pois bem, dois sentimentos me acometem fortemente neste momento, o primeiro é de consciência do dever cumprido, pois bem sei que dei o melhor de mim, visando sempre atender muito bem a cada um, não me distanciando é claro dos ditames da lei.

Fiz o melhor que podia, e assim agi porque sempre almejei e acreditei numa casa da justiça ainda mais democrática, com as portas abertas ao jurisdicionado, garantindo efetivo acesso às minorias.

Tenho que meus objetivos foram fixados e atendidos, talvez nem todos, mas grande parte das minhas expectativas foram atingidas.

Destaco algumas ações que muito me gratificaram, eis que aproximamos o Poder Judiciário da população, reativando algumas comarcas e também elevando todos os municípios do Estado à condição de comarca, com atendimento pela Carreta da Justiça.

Buscamos melhorar as condições salariais dos servidores, em que pesem as inúmeras dificuldades encontradas no ano passado, dada a crise financeira que sabidamente atingiu o país.

De igual modo avançamos nos pagamentos das verbas pretéritas, conseguindo considerável redução do passivo do Poder Judiciário para com magistrados e servidores.

Implantamos o CIJUS - Centro Integrado de Justiça, o qual está alocado numa estrutura moderna e arrojada, abrigando os juizados especiais, as turmas recursais, a Central de Processamento Eletrônico, a Justiça Restaurativa e o Projeto Padrinho.

Nomeamos todos os servidores aprovados em concurso público e que aguardavam ser chamados.

Empossamos dois desembargadores cujas vagas eram destinadas ao Ministério Público e a OAB.

Criamos mais três novos cargos de desembargadores e já abrimos os editais de promoção, os quais serão em breve providos.

Realizamos concurso para magistratura, com a aprovação de dezenove novos juízes.

Por esses motivos e outros tantos que não comportam agora ser mencionados, já que a brevidade é uma virtude para quem fala e maior ainda para quem ouve, é que retorno à função judicante cônscio que busquei o possível e o impossível para bem atender aqueles dependiam de nossa atuação.

Outra convicção que enormemente carrega meus sentimentos, é a gratidão.

Observo que esta palavra permeia minha alma neste instante em que tenho a oportunidade de vir a público. Penso que a coesão movida por princípios e por ideias construtivas nos conduziram a realizar, a fazer valer a pena cada segundo compartilhado, cada iniciativa materializada e cada sonho uma realidade.

Destaco que durante o biênio na Presidência, tive o privilégio de construir parcerias importantes, as quais merecem destaque e acima de tudo agradecimento. Refiro-me ao excelente e lhano trato que recebemos do Governador Reinaldo Azambuja, da Vice Governadora Rose Modesto, e sua equipe de auxiliares.

De igual modo, contamos com o prestimoso apoio da Assembleia Legislativa na pessoa de seu presidente Júnior Mochi e seus deputados.

Também merece nosso cortês agradecimento, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a OAB, a AMAMSUL e o SINDIJUS.

Observo, ainda, que durante o biênio que se finda, recebi o apoio expressivo da maioria dos desembargadores, da grande maioria dos magistrados e da totalidade dos servidores do Poder Judiciário, a quem rendo minhas homenagens com meu eterno sentimento de agradecimento.

Senhores, guardarei com imenso carinho os bons momentos que vivemos juntos.

Guardarei também eternamente o aprendizado que me proporcionaram e no mais das vezes ao ensinar acabei aprendendo, como na máxima de Guimarães Rosa que dizia: “mestre não é quem sempre ensina, mas quem de repente aprende”.

Acreditem essa máxima tornou nossa missão mais prazerosa e produtiva. Consigno também que através de publicação no site do Tribunal de Justiça, postada na data de hoje, expressei nominalmente meus agradecimentos aos meus auxiliares, diretores e assessores diretos.

De igual modo, não poderia deixar de enfatizar minha gratidão aos meus nobres pares de Administração, Desembargador Paschoal Carmello Leandro, Vice-Presidente, sempre firme, determinado e pronto para encampar as ações entabuladas pelo Poder Judiciário.

Agradecimentos que de igual modo são cabíveis ao Desembargador Julizar Barbosa Trindade, Corregedor-Geral de Justiça, o qual esteve à frente da Corregedoria.

Ao meu colega e amigo de todas as horas, Desembargador Divoncir Schreiner Maran, externo meus melhores votos de êxito na empreita assumida neste momento. Bem sei das inúmeras dificuldades e adversidades que o amigo enfrentará no mister da Presidência. Porém, consciente estou que as tormentas são infinitamente menores que sua capacidade e competência, pelo que o êxito de sua Administração é certo, e para isso conte sempre com meu incondicional apoio.

Despeço-me, novamente com determinação e entusiasmo e a promessa de fazer sempre o meu melhor. E mais, sinto-me por demasia feliz, realizado e satisfeito, com grande disposição e entusiasmo para reassumir a função judicante.

Muito obrigado a todos.

DISCURSO PROFERIDO PELO DES. DIVONCIR SCHREINER MARAN POR OCASIÃO DA SOLENIDADE DE POSSE NO CARGO DE PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL

Aos vinte e sete dias do mês de janeiro do ano de dois mil e dezessete

Excelentíssima Senhora Professora Rose Modesto, mui digna Governadora em exercício do Estado de Mato Grosso do Sul, na pessoa de quem peço vênia para saudar todas as autoridades aqui presentes e anteriormente nominadas ou não.

Senhoras e senhores, meus familiares e dos outros colegas empossados, sintam-se todos individualmente cumprimentados e carinhosamente abraçados.

Agradeço, antes de mais nada, as palavras gentis e elogiosas dos que me antecederam. O dia de hoje tem especial importância para mim, seja no âmbito pessoal como também profissional, ao tempo que assumo a presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Eu bem sei que minha responsabilidade é por demasia grande, na medida que venho suceder o colega e dileto amigo desembargador João Maria Lós, que de forma brilhante, ousada e inovadora marcou indelevelmente sua passagem pela presidência deste sodalício.

É de se destacar que o Conselho Nacional de Justiça tem reconhecido por inúmeras vezes que o Poder Judiciário deste Estado tem se empenhado em cumprir as metas por ele estabelecidas nacionalmente, outorgando selos de ouro e diamante, fato este que aumenta consideravelmente a carga da minha responsabilidade.

A propósito, elencar as inúmeras outras realizações levariam por certo muito tempo, mas saiba Vossa Excelência, desembargador Lós, que o Poder Judiciário e o Estado de Mato Grosso do Sul lhes são reconhecidos e imensamente gratos pelo seu trabalho.

Como colegas de Administração do Tribunal, terei o desembargador Julizar Barbosa Trindade como Vice-Presidente, com quem, com certeza, contarei para alicerçar e contribuir com nossas ações. Já à frente da Corregedoria-Geral de Justiça, estará o dileto desembargador Romero Osme Dias Lopes, o qual, sem dúvidas, dedicará especial atenção à função correicional, dada a sua importância para nossa instituição nos momentos de hoje.

Tenho absoluta certeza que poderei contar com ambos para uma administração profícua e responsável. Também contarei com a colaboração leal e eficiente dos Colegas magistrados e aqueles que estarão em postos chaves da administração, nas áreas de solução de conflitos e mediação, juizados especiais, infância e juventude, Ejud, ouvidoria, tecnologia da informação e, por demais importante, a relação estreita e afinada com a nossa AMAMSUL, a qual representa os magistrados e que será perante a direção do Tribunal de Justiça, a porta-voz dos anseios da classe, que de forma redundante é o de todos nós.

Assim, digo desde logo, que pleitos isolados e sem a chancela do nosso órgão de classe, não terão o beneplácito da nossa Administração.

Esta cerimônia se repete a cada biênio e, invariavelmente, a retórica do empossado é sempre a

mesma, sobre o delicado momento que o Poder Judiciário passa, crises econômicas, etc. Pensei em disso não falar, mas a realidade me impõe a ser mais um nessa mesma toada, agora, com certeza, com muito mais razão de ser, pois o dia a dia que vivenciamos é altamente preocupante não só para o futuro do judiciário, enquanto poder do Estado, mas para o nosso país como um todo.

Não obstante, a respeito fica tão só a singela menção que digo, sem bosquejos, que as instituições decididamente são fortes e não se deixarão abalar por intentonas não republicanas. Faço a observação, vez que é na adversidade que devemos ser criativos e acima de tudo competentes.

Busquei inteirar-me de tudo a respeito de nosso Poder Judiciário Estadual, e então agora resta-nos trabalhar com afinco e dedicação, contando com o apoio de toda a equipe, juízes auxiliares, diretores, secretários, enfim, os que têm pelo cargo que ocupam a obrigação de corresponder à confiança que lhes é depositada.

Os 36 anos de magistratura me permitem dizer que não há prévia nem permanente definição do justo ou de como garantir a satisfação dos anseios de todos, mas posso assegurar aos jurisdicionados que vamos trabalhar incansavelmente para melhorar e agilizar os trâmites judiciais e garantir o sentimento de justiça a cada um dos sul-mato-grossenses que buscam dioturnamente o Poder Judiciário para tanto. E, para isso, não abro mão do indispensável apoio dos meus dignos pares de plenário, deles sempre à disposição para sugestões e críticas (essas obviamente fundadas e construtivas e já apontando soluções) que serão de pronto atendidas.

Senhores, desafios foram feitos para serem vencidos, e estamos prontos. Sei também que nessa empreitada não sofrerá solução de continuidade, nosso ótimo relacionamento com os demais poderes constituídos, Executivo e Legislativo, e por igual, o Tribunal de Contas, Ministério Público, OAB, Defensoria Pública, Sindijus e demais segmentos ligados à administração da justiça, pois somente quem está à frente da administração sabe a importância do que isso representa.

Relacionamentos, diga-se de passagem, tão bem sedimentados pelo meu ilustre antecessor Desembargador João Maria Lós.

Agradecendo novamente a presença de todos, em especial aos meus queridos familiares, e com a proteção de Deus tenho certeza que não lhes decepcionarei.

Muito obrigado, vou cuidar das pessoas!

DISCURSO DE SAUDAÇÃO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR DORIVAL RENATO PAVAN POR OCASIÃO DA POSSE DOS NOVOS DESEMBARGADORES

Aos oito dias do mês de março do ano de dois mil e dezessete

Excelentíssimo Sr. Des. Divoncir Schereiner Maran, MD, Presidente do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul.

Excelentíssimo Sr. Reinaldo Azambuja, MD, Governador do Estado de Mato Grosso do Sul.

Excelentíssimo Sr. Deputado Júnior Mochi, Ilustre Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul.

Em nome de Vossas Excelências, as três maiores autoridades presentes que são representantes dos Poderes de Estado, cumprimento todas as demais autoridades que compõem a Mesa de Honra desta solenidade e todas as autoridades nominadas pelo Cerimonial, civis, Militares e eclesiásticas.

Excelentíssimos Senhores Desembargadores, membros componentes do Tribunal Pleno deste Tribunal de Justiça. Em seus nomes cumprimento todos os desembargadores aposentados, juízes da ativa e também aposentados, tanto da Justiça comum quanto, também, da Justiça Federal e da Justiça do Trabalho.

Excelentíssimo Sr. Dr. Paulo Aparecido dos Passos, ilustre Procurador Geral de Justiça. Em seu nome cumprimento os demais Procuradores de Justiça, bem assim como todos os insignes representantes do Ministério Público do Estado de MS, bem assim como os Procuradores Federais.

Queridos amigos e familiares dos empossados

Exmos. Srs. Juízes, promotores de Justiça, Defensores Públicos a quem saúdo na pessoa do Sr. Defensor Público Geral, advogados, cumprimentados na pessoa do Exmo. Dr. Mansur Elias Karmuche, Presidente da OAB Seccional de MS, Srs. Serventuários da justiça, colaboradores, senhoras e senhores.

O melhor de um discurso, como já dizia BABORSA Moreira, é a brevidade. Logo, procurarei não lhes tomar muito tempo em minhas considerações, até para que possa ceder a palavra à quem realmente devemos ouvir hoje, os nobres colegas magistrados agora promovidos à função de Desembargadores nesta Corte.

A solenidade que nos reúne aqui hoje se deve à posse como desembargadores de três renomados magistrados: José Ale Ahmad Netto, Jairo Roberto de Quadros e Geraldo de Almeida Santiago.

Quis o destino que fosse eu o representante do Tribunal Pleno para fazer a saudação dos novos desembargadores, agora empossados. Essa delicada – mas elevada - missão esteve confiada inicialmente à querida Desembargadora Tânia Garcia de Freitas Borges e nada seria mais gratificante do que vê-la em seu discurso em pleno dia internacional da mulher.

Todavia, Deus Pai, do alto de sua Glória e Sabedoria, deliberou tomar para si a mãe da ilustre Desembargadora, chamando-a para sentar-se ao seu lado, e o passamento ocorreu justamente nesta semana,

todos o sabem, de tal forma que não teve ela condições para não só estar aqui presente hoje como, também, de elaborar esse discurso de posse e de saudação dos novos colegas que tomam assento no Tribunal Pleno.

A ela e sua família estendemos as condolências de todos presentes, rogando ao mesmo Deus Pai que dê força e estrutura para que ela continue firme em sua caminhada junto ao Judiciário do Estado, onde tem prestado relevantes e elevados serviços, que a dignificam e a destacam no cenário jurídico estadual.

Aceitei o desafio de promover essa saudação, fazendo-o com o espírito franco e aberto, porque conheço todos os empossados e posso dar o meu testemunho pessoal, que é também o de todos os componentes deste Sodalício, do arcabouço moral e do alto preparo intelectual dos novos integrantes da Corte.

O Des. JOSÉ ALE AHMAD NETTO, é nascido em Paraguaçu Paulista, SP, em 11.04.1958, sendo filho de Dibe Monir Ale e Leonilda Clemente Ale, e ingressou na magistratura em 17.06.1988, tomando posse como juiz substituto na 9ª. Circunscrição. Logo em seguida, em 26.08.88, foi promovido a Juiz da comarca de Ribas do Rio Pardo. Posteriormente, foi promovido em 29.04.1992 para a 1ª Vara da comarca de Maracaju, segunda entrância, onde exerceu por diversas vezes o cargo de Diretor do Foro.

Foi promovido a Juiz Auxiliar da comarca de Campo Grande, entrância especial, na data de 13.10.1999, tendo sido designado para atuar perante o 8º Juizado Especial Cível desta capital, compondo também da 2ª Turma Recursal Mista dos Juizados Especiais. Em 2011 foi designado Juiz Auxiliar da Vice-Presidência e em 2013 para Juiz Auxiliar, também, da Corregedoria Geral de Justiça.

Por último, esteve designado para atuar junto à 2ª Câmara Cível e 1ª Seção Cível deste Tribunal de justiça, durante a vacância do cargo.

O Des. JAIRO ROBERTO DE QUADROS nasceu em Nova Andradina, MS, em 17.05.1960, filho do Dr. Jairo de Quadros e Efantina de Quadros. Casado com a Sra. Adriana do Carmo Araújo de Moraes Quadros e tem dois filhos, Davi Araújo Quadros e Tassia Araújo Quadros.

Ingressou na magistratura no dia 12.01.89, tendo sido designado juiz substituto na 3ª Circunscrição, em Corumbá, onde eu me encontrava como Juiz da 3ª Vara Cível e ali tive o privilégio de recepcioná-lo quando de sua posse naquela Comarca.

Em 07.06.1989 foi promovido para juiz da comarca de Aparecida do Taboado, primeira entrância para depois seguir rumo a Ponta Porã, já em segunda entrância, onde foi promovido na data de 30.11.1992, assumindo a vara criminal daquela Comarca. Removeu-se posteriormente para a 3ª Vara Cível da mesma Comarca, na data de 08.08.1994. Ali foi também diretor do foro.

Em 15.10.1999 foi promovido para a 2ª Vara Criminal da Comarca de Dourados, entrância especial, assumindo, também a Turma Recursal ali sediada. Foi Diretor do Foro por mais de uma vez.

Depois, foi removido para a 3ª Vara do Juizado Especial Central da comarca de Campo Grande, entrância especial, onde tomou posse em 21.11.2014.

Em 04.12.2014 foi designado para atuar na 2ª Câmara Cível e na 2ª Seção Cível deste Tribunal, durante a vacância do cargo, até seu provimento. Em seguida, foi designado para auxiliar o Des. Paulo Alberto de Oliveira junto à 2ª Câmara deste Tribunal de Justiça, até ser promovido, agora, definitivamente, ao cargo de Desembargador.

O Des. GERALDO DE ALMEIDA SANTIAGO nasceu nesta bela Cidade Morena na data de 02.09.1953, sendo filho de Dauto de Almeida Santiago e Elza de Almeida Santiago. Ingressou na magistratura na data de 17.06.1988, sendo nomeado Juiz Substituto da 7ª Circunscrição.

É casado com a Sra. Keila da Silva Gauno Santiago, e tem cinco filhos, Luiz Alexandre, Fernando Cesar, Luiza Helena, Ana Clara e João Guilherme.

Foi promovido a Juiz de Direito de primeira entrância na data de 26.08.1988, para a Comarca de Angélica.

Em 21.12.1990 foi promovido a Juiz de Direito de Segunda entrância, para a 2ª Vara Cível e Criminal da Comarca de Jardim, onde exerceu também por diversas vezes o cargo de Juiz Diretor do Foro.

No dia 03.04.2000 foi promovido a Juiz de Direito de entrância especial, para a 5ª Vara Cível de competência residual da comarca de Campo Grande, voltando ao berço onde nasceu. Aqui foi também Juiz da Turma Recursal e na data de 03.08.2015 foi convocado para atuar perante a 2ª Câmara e a 3ª Seção Cível deste Sodalício, em razão do afastamento do Des. Vilson Bertelli para curso de aperfeiçoamento, até o término desse afastamento.

Retornando à 5ª Vara cível de competência residual e exercendo também as funções de Juiz do Tribunal Regional Eleitoral, foi promovido ao cargo de Desembargador juntamente com os demais colegas antes nominados.

Este o histórico funcional dos três novos Desembargadores.

Queridos colegas.

O número três é representativo do amadurecimento, da fé, da esperança e da caridade e representa a perfeição, tanto que sua feição máxima é a figura geométrica do triângulo. É a soma da unidade e da diversidade. Unidade dos três promovidos hoje. Diversidade de vidas e de caminhos que hoje convergem a um só ato de coroamento máximo de suas carreiras na Magistratura do Estado de Mato Grosso do Sul.

Tal qual os Três Reis Magos que seguiram a estrela guia em busca do menino Jesus, esses três juízes perfilham o caminho da honradez, da sabedoria e da dedicação, como se viu do histórico de suas ilustradas carreiras ao longo de grande parte de suas vidas, com comprometimento e sacrifícios pessoais e da família que muito abnegadamente os acompanharam ao longo de suas jornadas.

Integraram a carreira quase que concomitantemente à Constituição Federal Cidadã de 1988, exercendo o papel da justiça democrática, amparada na nova ordem de preservação de direitos e amparo da sociedade há tanto tempo ansiada pela nação brasileira.

Sob essa ótica nacional, os então novatos juízes desbravaram o interior de Mato Grosso do Sul, criado então a pouco mais de uma década, com muita desenvoltura e coragem, percorrendo cidades como Ribas do Rio Pardo, Angélica, Aparecida do Taboado, Jardim, Maracaju, Ponta Porã e Dourados, sempre atuando com destaques em tais locais que tiveram o privilégio de os ter ali como seus Juízes, ainda que as situações fossem adversas e a estrutura física e de pessoal incipientes.

A assunção de varas em entrância especial nos idos da virada do milênio, sedimentaram a experiência e capacidade em conduzir os entraves diuturnamente colocados nas mãos desses três cultos magistrados, preparando-os de maneira definitiva para o cargo que ora passam a ocupar.

E devem celebrar esse fato e essa data, junto com seus familiares, com orgulho, pois mereceram! Conquistaram com louvor e decência alçar o posto de desembargador, de representantes da corte estadual, guardiões da Constituição Federal e, de igual forma, a Pantaneira.

A magistratura, muitos dizem, é um sacerdócio.

E de fato, sendo o Poder Judiciário um dos pilares do Estado Democrático de Direito, não há dúvida de que o exercício da função de magistrado traz consigo exigências que ultrapassam o simples exercício de uma profissão.

O juiz, em seu ofício, ao solucionar conflitos, ao buscar a verdade dos fatos, ao decidir, com força de Império, sobre o patrimônio ou a liberdade das partes, carrega nos ombros uma responsabilidade hércula. Responsabilidade essa que é exacerbada, no caso de nosso País, pela imensa e crescente carga de trabalho. Não é um exagero dizer que todo magistrado se encontra pressionado por duas forças que por vezes entram em conflito: o dever de prestar uma tutela jurisdicional efetiva, e o dever de o fazer com celeridade.

O bom juiz é aquele que sabe equilibrar e harmonizar essas duas forças, que não se descuida de entregar à sociedade uma prestação jurisdicional de qualidade, mas que também o faz em tempo razoável.

Não é um equilíbrio fácil.

Por isso digo que hoje, felizmente, tenho a honra de receber nesta Corte três colegas que já provaram, repetidamente, em suas décadas de entrega a esse sacerdócio, que são, efetivamente, bons juízes. E continuarão sendo, agora abrilhantando nosso colegiado com as suas respectivas experiências e competências no exercício da profissão.

Portanto, prezados José Ale, Jairo e Geraldo, convém que vistam a toga de maneira ainda mais compenetrada com valores de um magistrado, agora na qualidade de desembargadores, imbuídos do dever de cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício. Esse compromisso lhes é exigido diuturnamente pelo jurisdicionado, pelo cidadão, pelo próprio Estado.

Saibam que o louvor e reconhecimento público de suas respectivas atuações, nos difíceis caminhos pelos quais passaram, do ato de posse como juízes substitutos até o presente momento, servirá de norte para aperfeiçoamento das qualidades que os trouxeram até aqui. Essas qualidades certamente serão mantidas e alargadas em prol da importância do cargo que agora passam a deter em nome do Estado e dirigido aos jurisdicionados.

O que dá sentido às minhas palavras é a certeza de que os senhores são – antes do cargo que ostentam – homens de hombridade ímpar, capazes de elevar esta Corte de Justiça e patamares cada vez maiores, pela somatória de conhecimento, altivez e ânimo que seus nomes veiculam e que já estavam gravados nos umbrais desta Corte, muito antes mesmo de serem eleitos.

Faço essa afirmação com serenidade e conhecimento de causa, porque todos os senhores já desempenharam nesta corte as funções correspondentes ao cargo de Desembargador, por força da vacância de cargos ocorrida, sendo público e notório que todos empregaram o máximo de sua atividade intelectual e conhecimento jurídico nos inúmeros processos que estiveram sob vossas relatorias e como julgadores, contribuindo enormemente para a presteza, eficiência e celebridade da atividade jurisdicional deste Tribunal.

Lembro que as qualidades antes já destacadas – inclusive pelos que aqui me antecederam – dos três novos membros deste Tribunal são produto, primeiro, do berço que tiveram, de suas famílias, de seus pais e irmãos, que os acompanharam diuturnamente nessa longa jornada.

O exercício dessa missão jurisdicional, o peso de carregar essa responsabilidade continental nos ombros não é leve. Com frequência nossos familiares sentem também os efeitos da dedicação

necessária ao bom exercício da magistratura, começando pelo tempo de estudo exigido para o ingresso na carreira, passando pelas inevitáveis mudanças de endereço enquanto progredirmos, comarca à comarca, e também diariamente, pelo tempo em que necessitamos para realizar essa prestação jurisdicional com qualidade e celeridade.

Não é exagero dizer que isso só é possível devido ao constante apoio, suporte, e amor, de nossos pais, irmãos e irmãs, esposos e esposas, filhos e filhas. Logo, parabenizo também os familiares de nossos nobres colegas por esse momento, pelo que ele representa em suas respectivas famílias, e pelo mérito que esses familiares tiveram e têm por esses nossos três colegas serem os magistrados que são hoje. Foram os ensinamentos de seus pais e de suas famílias que tornou possível o ingresso na magistratura, nela seguir carreira e hoje atingir o ápice dela, sendo empossados nesta solenidade como Desembargadores.

Vocês, membros da família trabalharam sempre sem aparecer, e alicerçaram os caminhos dos colegas empossados, tornando-os mais suaves, em especial suas mães, suas filhas e suas mulheres.

Mulheres abnegadas e com incontáveis adjetivos que realçam suas qualidades (guerreiras, carinhosas, amorosas, dedicadas, apaixonadas ...) que se entregaram por inteiro, com sacrifícios pessoais incomensuráveis dirigidos ao sucesso de suas carreiras, o que é próprio da fortaleza de que se constitui a mulher e o gênero feminino, corpo, alma e espírito elevados a um potencial máximo que nenhum homem consegue alcançar.

Bem por isso é que hoje se comemora também o dia internacional da mulher, que em 1975 teve esse 08 de março assim designado pela ONU e em 1977 passou a ser também celebrado nessa mesma data pelas Nações Unidas, como uma data comemorativa das conquistas sociais, políticas e econômicas das mulheres, mas que também deve ser lembrado pela importância delas em nossas vidas.

Presentemente é muito mais, mas muito mais mesmo, do que isso.

Afinal, o que seria de nós, homens e mulheres, sem o apoio e o suporte dessas mulheres maravilhosas? A que estaríamos reduzidos? A pouco mais ou igual ao nada, um vazio incomensurável e abissal, uma dor profunda calada no peito, um silêncio ensurdecedor e um ser humano deplorável.

Nesta data e aproveitando o ensejo dessa festividade, ofertamos um terno e carinhoso abraço e beijo especial a todas as mulheres que estão presentes em nossas vidas, como agradecimento e reconhecimento de tudo quanto fizeram, e ainda fazem, por nós.

Quanto a vocês, queridos novos colegas, este Tribunal os recebe de braços abertos, acolhendo-os e albergando-os em nosso meio, certos de que a capacidade e a intelectualidade de cada um é esteio certo para o engrandecimento do Poder Judiciário Estadual.

Aqui, dignos amigos empossados, que a experiência haurida ao longo de suas vidas e de suas brilhantes carreiras lhes proporcione e dê ensejo a que o serviço judiciário seja mais eficiente, extraindo dessa experiência de vida, de praticamente uma vida toda, do seu exercício intelectual, os elementos necessários para que o ato de julgar se torne um ato de dignificação de todos quantos dependam de seu voto, de sua intelecção – ponderada, razoável, equilibrada – na aplicação da lei.

Encerro trazendo a lume esse brilhante poema de uma das maiores escritoras brasileiras e nada mais apropriado nesse dia internacional – CORA CORALINA, pseudônimo usado por Anna Lips dos Guimarães Peixoto Bretas e intitulado “Mascarados”, pela estreiteza de valores que veicula entre o ato de julgar e o ato – externado no poema – de semear:

"Saiu o Semeador a semear

Semeou o dia todo

e a noite o apanhou ainda

com as mãos cheias de sementes.

Ele semeava tranquilo

sem pensar na colheita

porque muito tinha colhido

do que outros semearam.

Jovem, seja você esse semeador

Semeia com otimismo

Semeia com idealismo

as sementes vivas

da Paz e da Justiça."

Cora Coralina

Finalizando então, muito os queridos novos desembargadores colherão também do quanto foi semeado por este Tribunal de Justiça desde sua instalação na divisão do Estado. Por isso, a exemplo do que consta do poema, julguem com tranquilidade necessária ao amadurecimento da convicção sobre a causa, mas sem a demora que comprometa a efetividade do processo e a necessidade de sua razoável duração; julguem com otimismo; julguem com idealismo e distribuam sementes vivas da paz e da justiça.

Deus os abençoe e os proteja no ofício tão nobre que agora com grande satisfação dividimos.

Forte abraço a todos.

DISCURSO DO DR. GERALDO DE ALMEIDA SANTIAGO POR OCASIÃO DA POSSE NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL

Aos oito dias do mês de março do ano de dois mil e dezessete

Em respeito ao tempo e a paciência de todos e ainda em homenagem ao nosso Presidente que tem característica sucinta no seu discursar, procurarei sintetizar ao máximo o que tenho a dizer e agradecer. Mas rogo aos senhores e senhoras 10 minutos de sua atenção. Obrigado.

Primeiramente quero parabenizar ao Des. Amaury Kuklinski pelo seu aniversário na data de hoje desejando-lhe muitas felicidades.

Quero também prestar minha homenagem pelo dia Internacional da Mulher, que aqui nesta Corte estão representadas pelas Des. Tânia Garcia de Freitas Borges e Des. Maria Izabel de Matos Rocha, utilizando aqui os exemplos das grandes mulheres da Bíblia dizendo que :"... todas as mulheres sejam como RUTE, oferecendo fiel amizade, dedicação e amor ao próximo; que sejam como ESTER pedindo ao Pai sabedoria e coragem para tomar difíceis decisões do dia a dia; que sejam como DÉBORA, que busquem estratégias em Deus para vencer as batalhas da vida; que sejam como REBECA, esperando o melhor do Senhor sendo temente a Ele; sejam DORCAS, doando seu tempo em favor daqueles que necessitam; sejam como ANA perseverando em oração e confiando nas promessas que Deus tem para todos que O amam, ou sejam ainda como MARIA gerando os planos de Deus para a vida. Enfim que Deus proteja e abençoes a todas as mulheres. Parabéns pelo seu dia.

Honrado pela significância do cargo que acabo de ser investido junto a este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, cumprimento a todos os presentes, autoridades já nominadas pela representação e aquelas outras que enobrecem este recinto e me distinguem com suas presenças; meus novos Pares; minha família aqui reunida – esposa, filhos, noras, neto e demais parentes; compartilhando com todos as emoções que trago comigo e o compromisso de servir com probidade e eficiência as incumbências que me são conferidas em face da cidadania jurisdicionada. Chego a este Tribunal de Justiça trazendo comigo, além do cabedal jurídico indispensável, a experiência auferida na judicatura de primeiro grau, da qual me desincumbi ao longo de 29 anos, em diferentes Comarcas deste Estado, mas especialmente, em nossa Capital. Sem embargo, de me filiar ao pensamento do filósofo Espanhol José Ortega Y Gasset, de que a vida é uma série de colisões com o futuro, não é soma do que temos sido, e sim do que desejamos ser.

Os que me conhecem sabem que não tenho personalidade para alimentar conflitos ou inimizades. Parafraseando o Desembargador André Fontes, do TRF do Rio de Janeiro, o Judiciário é lugar de trabalhar, aplicar a lei e fazer Justiça. Ao invés de o juiz ser somente fonte de autoridade, deve também ser fonte de liberdade!

E, tomo por liberdade o que está inscrito no preambulo da Carta Universal dos Direitos do Homem e assim considero que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo."

Reconheço que as constituições da República e do Estado, as leis e normas infra derivadas, são a bússola a nortear o trabalho de quem queira fazer justiça e contribuir para um ambiente de pacificação social e distribuição de justiça.

Vivemos momentos críticos em nossa nação, seja no relacionamento entre os Poderes ou entre autoridades de altíssimo coturno. Entretanto, restou provado que temos um arcabouço jurídico da melhor qualidade e que, quando demandado pelo clamor do povo, as instituições são capazes de responder a altura essas demandas. E o Poder Judiciário brasileiro demonstrou ser capaz de impor a norma constitucional e legal, com equidade, muito embora as pressões sofridas ao longo dos meses em que se prolongaram os conflitos jurídico-políticos.

Somos partes, nós membros do Poder Judiciário, de uma maioria cansada das mazelas da política e da vida em sociedade, que notoriamente estão em flagrante estado de decomposição social.

De igual forma, numa visão propositiva, compromissada em interferir ativamente para mudar o status quo; para buscar em breve tempo, um ambiente verdadeiramente democrático, onde a lei seja mais do que um elemento de solução de conflitos, mas isto sim, fonte de referência para balizar as relações sociais e políticas, nos engajamos no propósito de contribuir eficazmente para tal desiderato.

Em seu livro A Rebelião das Massas, o já citado Filósofo Ortega Y Gasset, preleciona que "A civilização avançada envolve problemas árduos. Por isso, quanto maior o progresso, mais está ameaçada. A vida está cada vez melhor; porém, evidentemente, cada vez mais complicada. "

Em nosso sentir, cabe ao Poder Judiciário distribuir justiça com base nas lições que nos vem desde o Direito Romano, ou seja, com entendimento de que o direito é a arte do bom e do justo.

Segundo os preceitos de Cláudio Ulpiano:(relembrando aqui as aulas do meu ilustre Professor da Faculdade o Des. Carlos Stephanini que nos proporcionava saudosas aulas de Direito em latim) HonestVívere (viver honestamente); Altérum non laedere (não lesar a outrém); suum cuique tribuere (dar a cada um o que é seu).

Vemos aqui que os preceitos morais daquela época não se distanciam daqueles dos dias de hoje. E que o balizamento jurídico é o mesmo, sendo as violações, portanto, de igual quilate a merecer a justa medida correcional.

E poderíamos recorrer aos tempos quase imemoriais da sociedade humana; ao Livro dos Livros, a Bíblia Sagrada, e de lá extrairmos lições as mais coerentes, como no Decálogo de Moisés, permitindo-me trazer as palavras do maior de todos os juristas brasileiros, RUI BARBOSA, em seu discurso como paraninfo da turma de 1920, da Faculdade do Largo São Francisco, quando diz:

"Por derradeiro, amigos de minha alma, por derradeiro, a última, a melhor lição da minha experiência. De quanto no mundo tenho visto, o resumo se abrange nestas cinco palavras: Não há justiça, onde não haja Deus."

Minhas Senhoras e meus Senhores,

Não poderia deixar de neste momento externar meus agradecimentos, primeiramente a Deus porque Ele está a frente de tudo, aos meus pais Jornalista Dauto de Almeida Santiago e Professora Elza de Almeida Santiago que já se foram mas deixaram um legado de honradez e um sentimento de dever cumprido e por fim a inúmeras pessoas. Serventuários que de uma forma ou de outra deram um pouco de si para que eu estivesse aqui neste evento de posse. Mas eles foram muitos... impossível de nominá-los! Foram tantas comarcas, Angélica, Jardim, Bela Vista, Porto Murtinho. Nioaque, Bonito, Campo Grande. Algumas como titular outras em substituição. Mas quero dizer a todos meu muito obrigado de coração e que Deus os abençoes.

Agradeço nesta oportunidade a presença do meu amigo Dr. Esacheu Cipriano Nascimento pessoa ilustre Promotor de Justiça da Capital aposentado e que hoje dirige com muita competência os destinos do maior Hospital do Centro Oeste a Santa Casa de Misericórdia desta Capital. Aos Apóstolos Edmilson e Marisa da Igreja IECG que se abdicaram de suas atividades pessoais para seguirem os desígnios de Deus na evangelização de almas. Aos Pastores Clodoilson e Ana Lúcia que há três anos nos orientam a seguir os princípios bíblicos deixados pelo Senhor nosso Deus e aos Pastores Irineu e Adriana que hoje nos levam a ministrações semanais na célula e que nos aprofunda nos conhecimentos da Palavra, nos concedendo bênçãos para seguirmos como cristãos sempre voltados a família e ao nosso próximo e bem assim aos demais pastores que nos honram com suas presenças.

Quero ainda expressar meus agradecimentos e minha gratidão aos meus familiares a Sra. Carmem Silvia Figueiredo Santiago com quem vivi 18 anos casado e que me deu três filhos maravilhosos, Luís Alexandre, Fernando Cesar e Luísa Helena que são o nosso orgulho e por se tornarem pessoas de bem. Hoje, casado há 22 anos com Keila Gaúna Santiago é a mulher que me inspira e que dedica todo seu tempo para me apoiar, com sua compreensão e sabedoria e atenção aos nossos filhos gêmeos Ana Clara e João Guilherme com 7 anos e que são o fruto do nosso amor e a razão da nossa existência.

Externo também meus agradecimentos as minhas noras Ellen e Débora ao meu genro Adriano e ao meu netinho de um ano Pietro que veio nos alegrar com sua existência e que a cada dia nos faz perceber o real sentido da vida nos enchendo de amor e alegrias.

Agradeço ainda as presenças do meu irmão Advogado e Empresário Jorciara Santiago e sua esposa Lucia que vieram da Capital Cuiabá para prestigiar este evento e dos irmãos o Contabilista Ubirajara Santiago e esposa Jandira e a Advogada e Professora Iara Santiago e esposo Oscar, estes últimos impossibilitados de comparecerem por motivo de saúde.

Meus queridos. Sem a ajuda e o apoio de vocês e de Deus a frente de tudo, jamais chegaria a esta glória. Parafraseando o meu amigo e poeta Desembargador Marcão em uma das suas frases parabenizando uma colega de trabalho ele disse:"... quem persevera alcança objetivos, quem se dedica e, principalmente, quem planta, colhe bons frutos. Seu sucesso é o resultado do conjunto de sua obra...". E permita-me meu nobre colega, tomá-la também pra mim. Um beijo em seu coração.

Senhor Presidente e Eminentes Pares, Funcionários deste Tribunal. Agradeço penhoradamente pela acolhida com que me distinguem e não poderia ainda deixar de agradecer as servidoras que nestes 16 anos estiveram ao meu lado não só nos momentos alegres mas também nas agruras da judicatura que são Leni Mara, Chefe de Cartório, e as assessoras Leika Haiashy, Ana Cláudia e Marleide Maria, bem como todas as servidoras da 5ª. Vara Cível desta Comarca que nunca mediram esforços para bem desempenhar seus misteres e servir com urbanidade os jurisdicionados.

Agradeço indistintamente a todos os Desembargadores que em mim depositaram a confiança de seus votos para compor este Sodalício e em especial ao Desembargador Divoncir que com muita competência soube encaminhar de forma célere esse processo.

Quero ainda fazer um parênteses aos agradecimentos e prestar uma homenagem de gratidão àqueles Mestres que se destacaram na minha caminhada jurídica, desde ainda os bancos escolares das Faculdades Unidas Católicas de Mato Grosso – FUCMAT, que são eles; Des. Claudionor Miguel Abss Duarte que hoje compõe como decano esta Corte, os Desembargadores Aposentados, Des. Rêmolo Letteriello, Des. Marco Antônio Cândia, Des. Carlos Stephanini, Des. Vanderlei Pithan (in memorian) e Des. Gilberto da Silva Castro, este último que tive a honra de assessorar quando ainda servidor e ao Procurador e primo Harley Cardoso Galvão quando fui seu aluno da Escola Superior do Ministério Público. Aos colegas os quais trabalhamos juntos na mesma comarca Geraldo de Carvalho, o saudoso Juiz Valdivino Antônio dos

Santos que muito me auxiliaram no meu inicio de carreira e em Jardim o também saudoso Juiz Luiz Carlos de Souza Athaide e o nobre colega Des. Vladimir Abreu da Silva onde judicamos por 7 anos e que tenho a honra de me juntar a ele nesta Corte. A todos meu muito obrigado, pois suas experiências e ensinamentos foram proveitosos e incentivadores para que o destino me trouxesse a compor esta Corte, o que para mim é motivo da mais alta honra.

Parabéns aos amigos e colegas José Ale e Jairo Quadros pela investidura que com certeza honrarão com muita competência esta Corte.

Agradeço a Deus, pela vida plena que me concedeu. Pela família, pelos amigos que me cercam e sobretudo, pela oportunidade de servir por intermédio da judicatura aos jurisdicionados do meu Estado de Mato Grosso do Sul, o que faço com muito orgulho como Campo-grandense que sou. Muito Obrigado!

DISCURSO DO DR. JAIRO ROBERTO DE QUADROS POR OCASIÃO DA POSSE NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL

Aos oito dias do mês de março do ano de dois mil e dezessete

Tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo para todo o propósito debaixo do céu. (Eclesiastes 3:1)

Excelentíssimo Senhor Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado, Des. Divoncir Schreiner Maran, Excelentíssimo Senhor Governador deste Estado, Reinaldo Azambuja, Excelentíssimo Senhor Deputado Onevan de Matos, neste ato representando o Presidente da Assembleia Legislativa de Mato Grosso do Sul, Junior Mochi,

Permitam-me que também em vossos nomes estender meus cumprimentos a todas as demais autoridades que compõem a mesa, autoridades aqui presentes, nominadas ou não,

Senhores Desembargadores, Magistrados, Representantes do Ministério Público, Defensores Públicos, Advogados, Senhoras e Senhores.

Socorrendo-me do entendimento de que a existência física corresponde às estações do imortal Espírito e, nesse tom, valendo-me do simbolismo de que cada estação concerne às diversas etapas em que se desenvolve e aflora a beleza da vida, só tenho a agradecer ao Criador, à Força Inteligente que, materializando sua Grande Geometria, delineadora de formas e proporções harmoniosas à edificação da obra humana, brindou-me com a realização deste ato entre o fim do verão e o início do outono, transição propícia para a interiorização, a fim de, contemplando o que nos habita, em necessária depuração, identificar a semeadura feita em tempos idos e os frutos que poderemos legar aos nossos semelhantes.

Sinto-me demasiadamente feliz. Muito mesmo. Insofismável o caudal de emoções e imagens que me dominam. Ao completar 28 anos de Magistratura, ressalto a imensa felicidade com que passo a compor esta respeitável Corte de Justiça, reconhecida nacionalmente pela excelência de seus posicionamentos, admirada pela sua produtividade, face à idoneidade, dedicação e capacidade de cada um dos seus integrantes.

Registro agradecimento mais do que formal a todos os Desembargadores que compõem este Tribunal Pleno, pela generosidade consubstanciada em minha promoção, possibilitando-me dar continuidade ao trabalho daqueles que, com denodo e suor, lançaram raízes de uma construção voltada ao bem comum.

Julgadores de escol, detentores de inigualável saber jurídico e sensibilidade humana, cientes de que, na realidade, comungamos do mesmo propósito, de que o principio da legalidade, como bem pontua Dalari, remanesce como dado imprescindível ao ordenamento jurídico e à estrutura do Estado, como ordem política regida pelo direito e baseada nele Buscamos todos a modernidade, acessibilidade, transparência e, nesse diapasão, o Judiciário Sul-mato-grossense há tempos trilha o caminho da eficiência, adequando a sua estrutura e seu funcionamento à realidade e às aspirações atuais, seguindo a máxima gizada por Artur Clarke de que a melhor maneira de definir os limites do possível, é tentar superá-los, a caminho do impossível.

Consigno, em especial, minha gratidão ao Des. Divoncir Schreiner Maran, digno Presidente desta Corte, particular amigo, magistrado por excelência, reconhecidamente possuidor de méritos excepcionais, profissional devotado ao intransigível cumprimento das leis e às causas da coletividade, administrador

visionário, tal como demonstrou à frente do Tribunal Regional Eleitoral. Receba, Senhor Presidente, meus sentimentos de admiração, profundo respeito e gratidão.

Consigno, com a mesma intensidade, agradecimentos ao Des. João Maria Lós, ex-Presidente deste Sodalício, julgador ímpar, administrador notável, inovador e arrojado, que deu início à criação desses novos cargos e cujo legado subsistirá perene, tamanha a sua relevância aos jurisdicionados, assim como agradeço profundamente as gentis palavras do Desembargador Dorival Renato Pavan.

Não posso deixar de enfatizar reconhecimento àqueles que principalmente no início da minha carreira, detectando a natural e previsível insegurança de quem caminha cuidadosamente, com exacerbado receio, como que pisando em cascas de ovos, emprestaram-me respaldo, conhecimento e orientações indispensáveis ao cumprimento da missão que me foi endereçada, e, dentre tantos, além do senhor Presidente, os homenageio nas pessoas dos hoje Desembargadores Dorival Renato Pavan, Francisco Gerardo de Sousa, Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Sideni Soncini Pimentel, Eduardo Machado Rocha, bem, ainda, dos Desembargadores, hoje aposentados, José Augusto de Souza, Elpídio Helvécio Chaves Martins e Rêmolo Letteriello, que sempre me acompanharam e que nesta solenidade compartilham, seguramente, da mesma realização que me invade.

Em semelhante patamar, não posso me esquecer da maneira calorosa com que fui acolhido nesta Corte ao ser convocado pelo então Presidente, estimado Desembargador Paschoal Carmello Leandro, no final de 2014, bem como por todos os amigos que compõem a Segunda Câmara e a Segunda Seção Cíveis.

Asseguro-lhes que a emoção deste momento reforçará ainda mais a responsabilidade ora assumida. Exigirá, com grifos, o prosseguimento da tarefa profissional a que me dedico, sabedores que somos da impossibilidade de sobrevivência da democracia e do Estado de Direito, em sentido pleno, onde subsistam e prevaleçam dominações e aspirações pessoais. O princípio da legalidade, nada obstante os ataques e provocações a que vem sendo incessantemente submetido nos dias atuais, perdura como dado insubstituível ao ordenamento jurídico e à estrutura do Estado.

A vida é dinâmica e justamente por isso muito há de ser feito, pois, como bem salientou Recaséns, jurista, filósofo e sociólogo citado por Luis Fernando Coelho, em sua obra Lógica Jurídica e Interpretação das Leis:

"Na vida humana nada existe de concluído, perfeito, é um fazer contínuo; a vida humana é a tarefa de se ir fazendo, dentro do mundo que lhe é dado; mundo em que o ser humano se acha inserido e que não é escolhido por ele. Mas a vida é também um suceder ininterrupto de opções e cada ser humano tem uma margem de opções e, se opta, é responsável por sua opção."

A ocasião é para agradecimentos e, assim o fazendo, estendo esta distinção a todos os magistrados deste Estado, promotores de justiça, defensores públicos, advogados, enfim, incansáveis vigilantes das liberdades públicas, da dignidade humana e da pacificação social, como, também, estendo-a aos servidores do judiciário, notadamente os lotados nas comarcas em que judiquei, verdadeiros abnegados, sem os quais fração alguma do labor aqui hoje enfocado seria possível. A todos, lotados na acolhedora Corumbá, onde atuei como juiz substituto, na minha querida e apaixonante Aparecida do Taboado, na inesquecível Ponta Porã, que inclusive me adotou como filho, presenteando-me com o honroso título de cidadão ponta-poranense, atendendo iniciativa do promotor de justiça aposentado, então Presidente da Câmara Municipal, Antonio Carlos Siufi Hindo, na minha sempre amada Dourados, onde passei parte da minha infância, adolescência e juventude, onde nasceram meus filhos e onde se encontram sepultados meus pais, e, de igual sorte, os lotados nesta Capital que tão bem me recebeu.

Ainda que encerre truísmo, nunca é demais salientar que as pessoas são o que de mais importante existe nas instituições, porquanto dinamizam a máquina, fazendo-a eficaz e precisa, afigurando-se imprescindível em momentos desse jaez manifestação de reconhecimento correspondente.

Nesse sentido, externo minha admiração, respeito e gratidão aos Assessores João Farias de Souza Filho, Sonia Sanae Yamanari, Rodrigo Muzzi Youssef, Julia Beatriz Garcia Brandão Thompson, Wilson Cristovão Lemos Junior, estagiárias Alexia Duncan Guizzo Couto e Gracy Stephanie Silveira Montani Nantes, analista Marcel Diniz Borges, bem como Talita Leal Sortica dos Santos e Luciana da Silva Maia, os três últimos atualmente lotados em outros setores. São portadores de elogiável capacidade, discrição, responsabilidade e lealdade, cientes de que o esforço comum, além da realização pessoal que proporciona, culmina por ensejar, passo a passo, construção voltada a uma sociedade mais justa.

À minha sogra, Solenyr Araujo de Moraes, e aos meus amigos, inclusive os que se deslocaram de suas cidades para prestigiar esta solenidade, não tenho palavras de agradecimento porque a generosidade que a mim e à minha família dispensam é imensurável. Amigos que, a exemplo do Orvalho que desce sobre a montanha para fertilizar continuamente a região, ajudaram-me a catalisar ideias e ações voltadas à construção de uma sociedade cada vez mais equânime, que tenha a ordem como base e o progresso como finalidade.

Rendo merecidas homenagens ao meu irmão Jairo Luiz de Quadros, aqui presente, julgador elogiável, exemplar, que tão bem dignificou a magistratura deste Estado, destacado conhecedor do Direito, condutor de expressiva sensibilidade. Nunca esteve magistrado. Sempre o foi e sempre o será, diuturnamente. Aceite o meu reconhecimento, como colega e irmão.

Agradeço aos meus pais, que não mediram sacrifícios para que eu pudesse frequentar os bancos escolares, evoluir, municiando-me com os princípios morais com que procurei caminhar e que, sem dúvida alguma, seguirão com meus filhos, netos e descendentes futuros.

Jairo de Quadros, nascido em Iacanga/SP, digno capataz da então Fazenda Primavera, embrião da minha cidade natal, querida Nova Andradina, Delegado de Polícia em Nova Andradina, Serventuário da Justiça em Dourados até os últimos dias de sua existência terrena. Pai generoso, dotado de caráter e sentimentos nobres.

Efantina de Quadros, nascida em Ribeirão Preto/SP, primeira diretora de escola em Nova Andradina, vocacionada e apaixonada pela profissão que sempre exerceu até o seu falecimento em Dourados, magistério por mais de 40 anos. Mãe dedicada e incansável, dotada de caráter e sentimentos nobres.

Quanta saudade! Quanta falta me fazem! Como gostaria que aqui estivessem fisicamente, ao lado da minha esposa e dos meus filhos, para que eu pudesse abraçá-los pessoalmente.

Reconforta-me a crença que, de toda forma, aqui estão, seja pelo sangue que corre em minhas veias e nas dos meus filhos, seja porque nada sou senão reflexo dos padrões e valores que ostentavam, mera porção do Todo, espelho dos princípios e ideais que sempre lhes foram inerentes, ou seja por conta dessa inquebrantável egrégora que sempre mantivemos, soma de energias e vibrações convergentes à unicidade que transcende os limites da matéria e que nos deixa constantemente próximos.

Antes de encerrar, peço a compreensão de todos para, com particular ênfase, dedicar este momento e tal honraria à minha esposa Adriana Araujo Quadros e aos meus filhos Davi Araujo Quadros e Tássia Araujo Quadros. Seres magníficos que em todo o tempo me impulsionaram, souberam assimilar a minha ausência em muitas ocasiões, cônscios de que o homem dedicado a serviços públicos não possui horários, mas compromissos inadiáveis, no caso, sob a forma de prestação jurisdicional ininterrupta, em busca de um mundo cada vez melhor.

Querida Adriana, descendente de pioneiros de Dourados, meu grande amor, sempre ao meu lado ao longo desses trinta anos. Companheira, parceira e incondicional amiga, que, abandonando o convívio de sua família, concedeu-me o privilégio de sua presença e companhia, comungando dos mesmos sonhos e planos, alicerçando-me com sua inesgotável força.

Adriana, diamante lapidado pelo Criador, anjo que exala bondade, pedra que reluz em nossa família. Mulher forte, altiva, magnânima e transparente, agraciada com infinita paciência e capacidade de amar, estampada em cada abraço, cada palavra, cada carinho e, sobretudo, nos momentos mais difíceis, em cada lágrima derramada.

O poeta Mário Quintana, com a sabedoria que lhe é peculiar, bem pontuou que a arte de viver é simplesmente a arte de conviver. E você, minha querida, absorveu, exercitou e exercita isso com maestria. Sou-lhe eternamente grato.

Davi e Tássia, meus tesouros, seres humanos extraordinários. Quanto orgulho proporcionam a mim e à sua mãe. Desde pequenos intransigentes com a retidão, ética e o justo. Só não consigo amá-los com mais intensidade porque a existência humana ainda não revelou alguma forma de fazê-lo. Posso, sim, desejar-lhes que, no momento oportuno, sejam abençoados com filhos tão bons como os que eu tenho.

Quanta saudade sinto do convívio diário que durante anos mantivemos. Quanta saudade sinto de encontrá-los pessoalmente ao final de cada jornada. Das nossas conversas e churrascos rotineiros. Felizmente, apenas 220 km nos distanciam física e materialmente, mas ainda assim a dor no peito teima em permanecer.

Mas sabemos nós que nada ocorre por acaso, e sim para servir a um propósito, pois, consoante salientado alhures, tudo tem o seu tempo, tudo tem seu propósito.

Içami Tiba, conhecido psiquiatra, colunista e escritor, já salientou que os filhos são como navios.

E "Quando vemos um navio no porto, imaginamos que ele esteja em seu lugar mais seguro, protegido por uma forte âncora. Mas sabemos que ele está ali em preparação, abastecimento e provisão para se lançar ao mar, ao destino para o qual foi criado, indo ao encontro das próprias aventuras e riscos. Dependendo do que a força da natureza lhe reserva, poderá ter que desviar da rota, traçar outros caminhos ou até mesmo procurar outros portos. E certamente retornará fortalecido pelo aprendizado adquirido. E haverá muita gente no porto, feliz à sua espera.

Nasceram para singrar os mares da vida, correr seus próprios riscos e viversuas próprias aventuras. É certo que levarão consigo os exemplos dos pais, o que aprenderam e todos os conhecimentos assimilados, mas a principal provisão, além das materiais, estará no interior de cada um."

Justamente por isso, cunhou Luis Fernando Veríssimo que não fazemos filhos. Só fazemos o layout. Eles mesmos fazem a arte-final.

E nessa linha tem sido desde o início a caminhada de vocês, com retidão e competência, levando na bagagem valores indestrutíveis como ética, coragem e sensibilidade humana.

Fortes, altivos, prontos para as adaptações necessárias, afinados à maturidade que sempre lhes foi precoce, a ponto de transformarem as dificuldades vislumbradas em instrumentos de evolução e aperfeiçoamento, visando novas conquistas, refletidas no campo profissional, sagrando-se Operadores do Direito que abrilhantam a conceituada classe advocatícia.

Saibam, Adriana, Davi e Tássia, que, mesmo involuntariamente, sempre me encorajaram nos momentos difíceis, ofertando-me suporte e inspiração nas resoluções mais delicadas, poupando-me ao

longo desses anos das preocupações rotineiras, para que eu pudesse me entregar integralmente à tarefa artesanal de julgar.

A homenagem a mim formalmente encaminhada na data de hoje, deve ser prestada a vocês, meus queridos e leais amigos.

Aceitem-na, usufruam comigo deste inesquecível instante, saboreiem e aproveitem cada milésimo de segundo deste marco, pois são merecedores da realização e da felicidade que revestem esta solenidade. É justo. E assim o fazendo, prossigamos em nossas jornadas, rumo à verdadeira edificação, para que quando Vésper, a estrela da tarde, flamejar no horizonte, no tempo e na hora da inevitável nostalgia, humanos que somos, desponte este momento com saudosa fragrância, com o sublime perfume das mais gratas recordações da vida, dando-nos a convicção de que tudo realmente valeu a pena.

Muito obrigado a todos.

DISCURSO DO DR. JOSÉ ALE AHMAD NETTO POR OCASIÃO DA POSSE NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MATO GROSSO DO SUL

Aos oito dias do mês de março do ano de dois mil e dezessete

Aproveitando-me destes momentos de alegria, gostaria de tecer alguns agradecimentos.

Em primeiro lugar agradeço a Deus, inteligência suprema e causa primária de todas as coisas. Se a ele estamos ligados pelo pensamento, nada há a temer. Graças a ele tive a possibilidade de ter saúde e discernimento para chegar neste patamar da carreira que escolhi. Espero, de igual fonna, ter a possibilidade de atingir esferas superiores evoluídas e para tanto tenho procurado caminhos saudáveis, cultivado simpatias e amizades fraternas.

Agradeço com muito amor e respeito aos meus pais, cujas lições e valores consegui apreender, sem os quais teria derrapado nesta longa caminhada. Infelizmente não pude contar com a presença de ambos nesta tarde, em razão de problemas de saúde, mas como sempre, estamos espiritualmente juntos nesta empreitada, como estaremos juntos nas subsequentes.

Minha gratidão a todos os colegas Desembargadores que me proporcionaram este momento de alegria. Podem estar certos que aqui estou com o propósito de somar e conviver de forma afável e cordata. Tenho de cada um de vocês boas lembranças e com alguns convivência duradoura e respeitosa nesses quase 30 anos de judicatura.

Quando assumi o cargo de juiz, em 1988, o reduzido número do quadro de magistrados fazia com que convivêssemos como uma pequena família. Nestas reminiscências me vem à lembrança alguns fatos que me foram importantes para consolidar o real propósito de pelmanecer neste Estado e consolidar a vida profissional. O primeiro deles foi o encontro com o Desembargador Rêmolo e esposa, em hotel na cidade de São Paulo, onde fui buscar meu pai, poucos dias depois de ter sido aprovado no concurso, ocasião em que me passou valorosos conselhos.

Não muito tempo depois,já em exercício, como juiz substituto na Comarca de Coxim, lembro-me de ter recebido a visita dos Desembargadores Divoncir e Elpídio, então juízes da capital, oportunidade em que me relataram muitos fatos, demonstrando larga experiência, que me serviram de bons exemplos. Impossível, também, não me lembrar do dia em que tive o carro avariado, justamente a caminho de tocar posse na Comarca de Ribas do Rio Pardo, como titular, o que me levou a aceitar carona do Juiz Diretor do Foro de Campo Grande, Des. Joenildo, que fez a gentileza de me conduzir até lá, ainda em tempo de consolidar a posse, no dia 26 de agosto de 1988.

Lembranças e mais lembranças, mas o que seria do homem e de sua história sem as boas lembranças, certamente um vazio, um váculo de sensibilidades. Essas duas mulheres que me vestiram a toga, não o fizeram por mero acaso. À Doutora Irma, minha admiração e respeito, pela coragem de vida. Coragem que a senhora me transmitiu em momentos de extrema dificuldade na mesma Ribas do Rio Pardo e que me serviu de impulso para trilhar o caminho que me trouxe até a data de hoje. À minha sobrinha/filha, minha gratidão por ter em você a renovação de esperanças e bons propósitos do progredir infinito, junto de seu marido Tiago. Benção divina para nossa pequena família.

Como disse acima, o que seria de nós sem as boas lembranças, as boas inspirações e influências positivas? Sou tão grato a tantas pessoas com as quais mantive contato ao longo desta caminhada, desde os funcionários das Comarcas de Coxim, Ribas do Rio Pardo e Maracaju, bem como dos funcionários de inúmeros juízos em que atuei na Comarca de Campo Grande, funcionários da Corregedoria-Geral de Justiça, meus assessores que prestam preciosa ajuda na labuta diária, até os amigos que me fizeram manter uma vida social e amistosa, como os Desembargadores Marcelo Rasslan, Amaury Kulinsky, Doutores Abdala Abi Faraj, Eduardo Meneghelli, Ricardo Galbiati, Humberto de Matos Brites e tantos outros.

Alguns chegaram a me adotar commo filho e assim fui tratado pelos Desembargadores José Riskalah, Joenildo de Souza Chaves, Hildebrando Coelho Neto e tantos outros, cujo esquecimento neste momento de emoção pode parecer ingratidão, mas ao contrário, todos estão na minha mente e no coração.

A carreira, como todos sabem, é extremamente árdua e são muitos os percalços e imensas dificuldades, mas tenho muitos triunfos e momentos de satisfação, como as longas audiências de ações possessórias, onde a verdade vinha à tona depois de algumas horas de depoimentos; tenho uma boa recordação, também, da eleição municipal, em Maracaju, quando foi eleito, o agora Governador de nosso Estado, Sr. Reinaldo Azambuja.

Mais recentemente, tenho na memória, os momentos vividos na Corregedoria-Geral de Justiça, como Juiz Auxiliar, dividindo as funções com meu direito amigo Dr. Fernando Paes de Campos e sob o comando da Desembargadora Tânia Garcia de Freitas, que dirigiu aquele órgão com muito empenho, não hesitando em adotar medidas inovadoras que deram início a projetos que recentemente foram implementados. Desembargadora Tânia, não encontraria palavras para externar minha smcera admiração.

Para finalizar, permito-me citar as palavras de Santo Tomás de Aquino, que com frequência me servem de norte: “Dê-me, Senhor, agudeza para entender, capacidade para reter, método e faculdade para aprender, sutileza para interpretar, graça e abundância para falar, acerto ao começar, direção ao progredir e perfeição ao concluir (...)”.

A todos vocês que se fizeram presentes nesta tarde, meus familiares, irmã e primos, senhores advogados, representantes do Ministério Público, Defensores Públicos, servidores do nosso Judiciário e todos os amigos, as minhas sinceras homenagens.

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE ONOMÁSTICO



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Alexandre Bastos

Apelação nº 0007178-70.2012.8.12.0001 037
Apelação nº 0053146-26.2012.8.12.0001 043
Mandado de Segurança nº 1410476-49.2016.8.12.0000 048

Amaury da Silva Kuklinski

Apelação nº 0800505-40.2014.8.12.0039 054
Apelação nº 0800503-36.2015.8.12.0039 058
Apelação nº 0807633-94.2015.8.12.0001 068

Claudionor Miguel Abss Duarte

Apelação nº 0010901-97.2012.8.12.0001 076
Apelação nº 0800017-79.2013.8.12.0020 093
Apelação nº 0810992-23.2013.8.12.0001 102

Divoncir Schreiner Maran

Ação Rescisória nº 1410066-25.2015.8.12.0000 113
Mandado de Segurança nº 1408386-68.2016.8.12.0000 145
Agravo de Instrumento nº 1412209-50.2016.8.12.0000 163

Dorival Renato Pavan

Apelação nº 0104201-26.2006.8.12.0001 168
Apelação nº 0016994-13.2011.8.12.0001 196
Apelação nº 0814343-67.2014.8.12.0001 208

Eduardo Machado Rocha

Apelação nº 0037457-78.2008.8.12.0001 218
Apelação nº 0840358-10.2013.8.12.0001 236
Apelação nº 0803574-12.2015.8.12.0018 245

Fernando Mauro Moreira Marinho

Apelação nº 0918875-05.2008.8.12.0001 255
Apelação nº 0800801-58.2015.8.12.0029 258
Mandado de Injunção nº 1408226-43.2016.8.12.0000 264

João Maria Lós

Apelação nº 0004902-66.2012.8.12.0001 272
Remessa Necessária nº 0802006-89.2014.8.12.0019 276
Remessa Necessária nº 0801259-74.2016.8.12.0018 279

Júlio Roberto Siqueira Cardoso

Apelação nº 0802789-76.2012.8.12.0011 283
Apelação nº 0801672-74.2014.8.12.0045 290
Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1405518-20.2016.8.12.0000 296

Luiz Tadeu Barbosa Silva

Apelação nº 0806411-02.2013.8.12.0021 302
Apelação nº 0805718-47.2015.8.12.0021 319
Apelação nº 0820178-02.2015.8.12.0001 325

Marcelo Câmara Rasslan

Apelação nº 0004218-28.2009.8.12.0008 329
Apelação nº 0046653-38.2009.8.12.0001 335
Apelação nº 0800250-71.2011.8.12.0012 341

Marco André Nogueira Hanson

Apelação nº 0801382-44.2013.8.12.0029 347
Apelação nº 0816841-73.2013.8.12.0001 359
Mandado de Segurança nº 1409925-69.2016.8.12.0000 367

Marcos José de Brito Rodrigues

Apelação nº 0800718-75.2012.8.12.0052 372
Apelação nº 0823962-89.2012.8.12.0001 380
Apelação nº 0804850-97.2013.8.12.0002 391

Nélio Stábile

Apelação nº 0381005-80.2008.8.12.0001 397
Apelação nº 0800289-21.2013.8.12.0005 424
Mandado de Segurança nº 1407922-44.2016.8.12.0000 429

Odemilson Roberto Castro Fassa

Apelação nº 0802543-46.2013.8.12.0011 432
Apelação nº 0831249-98.2015.8.12.0001 443
Apelação n 0800102-02.2016.8.12.0007 455

Paschoal Carmello Leandro

Direta de Inconstitucionalidade nº 2000007-55.2017.8.12.0000 471

Paulo Alberto de Oliveira

Apelação nº 0810237-62.2014.8.12.0001 479

Agravo de Instrumento nº 1413333-05.2015.8.12.0000 486

Agravo de Instrumento nº 1403242-16.2016.8.12.0000 503

Romero Osme Dias Lopes

Mandado de Segurança nº 1403029-10.2016.8.12.0000 514

Mandado de Segurança n. 1406389-50.2016.8.12.0000 528

Sérgio Fernandes Martins

Apelação nº 0036166-43.2008.8.12.0001 548

Apelação nº 0820662-85.2013.8.12.0001 587

Direta de Inconstitucionalidade nº 2000001-82.2016.8.12.0000 594

Sideni Soncini Pimentel

Apelação nº 0001345-77.2008.8.12.0012 598

Apelação nº 0810468-57.2012.8.12.0002 603

Remessa Necessária nº 0800748-80.2014.8.12.0007 613

Tânia Garcia de Freitas Borges

Apelação nº 0804573-18.2012.8.12.0002 617

Mandado de Segurança nº 1412616-90.2015.8.12.0000 622

Mandado de Segurança nº 1413468-17.2015.8.12.0000 627

Vilson Bertelli

Apelação nº 0500125-53.2005.8.12.0024 634

Apelação nº 0002110-70.2007.8.12.0016 645

Apelação nº 0038281-95.2012.8.12.0001 651

Vladimir Abreu da Silva

Apelação nº 0803046-03.2014.8.12.0021 658

Apelação n. 0803791-85.2015.8.12.0008 667

Direta de Inconstitucionalidade nº 1404297-02.2016.8.12.0000 671

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Carlos Eduardo Contar

Recurso em Sentido Estrito nº 0003501-74.2014.8.12.0029 680
Apelação nº 0008494-63.2013.8.12.0008 685
Agravo de Execução Penal nº 0038194-03.2016.8.12.0001 690

Dorival Moreira dos Santos

Apelação nº 0000074-13.2007.8.12.0030 695
Apelação nº 0000597-84.2013.8.12.0007 698
Apelação nº 0004898-89.2013.8.12.0002 703

Francisco Gerardo de Sousa

Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0000274-73.2014.8.12.0030/50000..... 708
Agravo de Execução Penal nº 0009284-60.2016.8.12.0002 719
Mandado de Segurança nº 1409410-68.2015.8.12.0000..... 723

Luiz Claudio Bonassini da Silva

Apelação n. 0000778-92.2016.8.12.0003 739
Mandado de Segurança n. 1400862-20.2016.8.12.0000..... 744
Habeas Corpus n. 1400111-96.2017.8.12.0000..... 749

Luiz Gonzaga Mendes Marques

Apelação nº 0008536-96.2014.8.12.0002 753
Apelação nº 0002018-71.2016.8.12.0018 763
Habeas Corpus nº 1414126-07.2016.8.12.0000 772

Manoel Mendes Carli

Apelação n. 0002262-51.2016.8.12.0001 775
Habeas Corpus n. 1413110-18.2016.8.12.0000..... 782
Habeas Corpus n 1400209-81.2017.8.12.0000 791

Maria Isabel de Matos Rocha

Apelação nº 0001531-82.2013.8.12.0026 800
Apelação nº 0000295-36.2014.8.12.0002 820
Agravo de Execução Penal nº 0039798-96.2016.8.12.0001 829

Paschoal Carmello Leandro

Agravo de Execução Penal nº 0033445-40.2016.8.12.0001 838
Recurso em Sentido Estrito nº 1401500-53.2016.8.12.0000 842

Romero Osme Dias Lopes

Revisão Criminal nº 1600783-57.2016.8.12.0000 848

Ruy Celso Barbosa Florence

Apelação nº 0005682-15.2013.8.12.0019 854
Apelação nº 0003739-10.2015.8.12.0013 859
Apelação nº 0035083-45.2015.8.12.0001 867

Revista
Trimestral de
Jurisprudência
TJMS

ÍNDICE DE ASSUNTOS



JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

Abono de Permanência Retroativo

Magistrado aposentado. Averbação posterior de tempo de serviço. Abono de permanência concedido com documentos constantes à época. Princípio da legalidade. (1406389-50.2016.8.12.0000).....528

Ação Civil Pública

Apropriação de cártulas de cheque. Valores depositados na conta bancário do agente público. Enriquecimento ilícito caracterizado. Perda da função pública. Artigo 12, I da Lei de improbidade Administrativa. Lei 8.429/92. (0805718-47.2015.8.12.0021) 319

Arguição de inconstitucionalidade *incidenter tantum* da Lei Municipal n.º 1.106/2002. Inconstitucionalidade formal e material. Princípio da unidade da tesouraria. (0801672-74.2014.8.12.0045) 290

Obras de drenagem. Construção de dissipador de enercia. Redução das águas pluviais. Proximidade de córrego. Proposta de Pavimentação e Drenagem de Vias Urbanas. Mau-cheiro. (0800748-80.2014.8.12.0007)..... 613

Omissão estatal. Regularização de cadeia municipal. Responsabilidade do poder público. Intervenção judicial, implementação de obras e diretrizes do sistema penitenciário. (0800250-71.2011.8.12.0012) ...341

Ação Cominatória

Associação Sul-mato-grossense de oftalmologia. Interesses difusos. Optometria. Vedação de exames e consultas optométricas. Prescrição de lentes corretivas. (0801382-44.2013.8.12.0029) 347

Ação de Cumprimento de Preceito Legal

Direitos autorais. TV por assinatura. Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD. Uso de aparelhos televisores ou radiofônicos. Hotel. (0803791-85.2015.8.12.0008) 667

Ação Direta de Inconstitucionalidade

Regimento interno da Câmara Municipal de Amambaí. Convocação do prefeito. Esclarecimentos pessoais. Princípio da separação dos poderes. Simetria constitucional. (1405518-20.2016.8.12.0000) 296

Lei municipal n.º 5.092/2012. Evento de cunho religioso. Quinta Gospel. Direito à liberdade religiosa. (2000001-82.2016.8.12.0000).....594

Lei municipal n.º 5.602. Município de Campo Grande. Desconto para pessoa que realizou cirurgia bariátrica. Inconstitucionalidade formal e material. Princípio da livre iniciativa e da razoabilidade. Competência da União. (1404297-02.2016.8.12.0000).....671

Lei Orgânica do Município de Ivinhema. Previsão de aprovação e rejeição das contas do prefeito nos termos do parecer do Tribunal de Contas. Prazo de 60 (sessenta) dias. Julgamento ficto. (2000007-55.2017.8.12.0000) 471

Ação de Cobrança

Licença especial de policial militar. Ato administrativo. Licença especial a policial militar. Conversão em pecúnia. Revisão pela administração. Falecimento do beneficiário. (0007178-70.2012.8.12.0001) 037

Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais

Servidor nomeado após impetração de mandado de segurança. Pedido de remuneração retroativa. Dias não trabalhados. Efetivo exercício do cago. (0820178-02.2015.8.12.0001) 325

Saque de notas falsas. Cédulas. Repasse de cédulas falsas. Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva. (0800718-75.2012.8.12.0052) 372

Ação de Indenização por Danos Morais

Mandado de prisão em aberto. Cumprimento da obrigação pelo devedor. Detenção indevida. Falha na prestação do serviço público. Responsabilidade subjetiva. (0803574-12.2015.8.12.0018) 245

Publicação de fotografia da autora e de sua cantina sem autorização. Jornal de circulação estadual. Foto associada ao comércio de alimentos. (0840358-10.2013.8.12.0001) 236

Acidente de trânsito

Acidente em rodovia. Obstrução de passagem. Período noturno. Impossibilidade de abatimento ou compensação de indenização com os valores pagos pelo INSS. Responsabilidade solidária. (0010901-97.2012.8.12.0001) 076

Invasão de pista preferencial. Cruzamento não sinalizado. Mitigação da regra do art. 29, III, "c" do Código de Trânsito Brasileiro. Indenização por danos morais e estéticos. Pensão mensal. (0823962-89.2012.8.12.0001)..... 380

Auxílio-moradia

Resolução 28/2015 da Procuradoria Geral de Justiça. Auxílio moradia. Membros do Ministério Público. Vedação de cumulação com cônjuge. Conselho Nacional do Ministério Público. Competência do Supremo Tribunal Federal. (1412616-90.2015.8.12.0000).....622

Concurso Público

Delegação de serventias notariais e registrais. Pretensão de exercício da delegação independentemente de exoneração de cargo público. Serviço extrajudicial não se confunde com cargo, emprego ou função pública. Gozo de licença para trato de interesse particular. (1408386-68.2016.8.12.0000).....145

Delegação de serventias notariais e registrais. Pretensão de exercício da delegação cumulado com cargo, emprego ou função pública. Independentemente de pedido exoneração de cargo público. Gozo de licença para trato de interesse particular. Concurso *sub judice.* (1403029-10.2016.8.12.0000).....514

Edital. Graduação. Formação da parte autoria superior a exigência do edital. Descabimento da eliminação da candidata. Nomeação. Posse. (0801259-74.2016.8.12.0018) 279

Exclusão do certame. Qualificação superior à exigida no edital. Identidade da área de formação exigida. Princípio da razoabilidade. (1409925-69.2016.8.12.0000).....367

Polícia militar. Ingresso no curso de formação de soldado. Escolha de polo. Impossibilidade de alteração. Ausência previsão editalícia. (1410476-49.2016.8.12.0000) 048

Mandado de segurança. Taxa de fase de concurso público. Recolhimento. Impossibilidade de emissão de boleto. Pagamento efetuado via depósito judicial. (1407922-44.2016.8.12.0000).....429

Constituição de Advogado

Verba honorária contratada. Ajuste realizado por e-mail. Força copntratual. Trabela de fixação de honorários da Ordem dos Advogados do Brasil. Advocacia considerada atividade meio. (0381005-80.2008.8.12.0001)..... 397

Renúncia de mandato. Ciência da parte pelos advogados. Ausência de nova constituição de advogado. Vício de representação processual. Intimação do antigo advogado. Inexistência de prejuízo. (1412209-50.2016.8.12.0000)..... 163

Contrato Administrativo

Ação de responsabilidade civil. Improbidade administrativa. Danos morais ao patrimônio público. Suspensão de direitos políticos. Proibição de contratar com o poder público. Prejuízo ao erário. Dolo dos agentes. (0036166-43.2008.8.12.0001).....548

Controle Incidental de Constitucionalidade

Ação civil pública. Lei complementar municipal n.º 214/2013. Expogrande. Festa de Santo Antonio. ExpoMS Rural no mês de Setembro. Show da Virada. Manifestações tradicionais. Princípios da isonomia e da impessoalidade. (0810992-23.2013.8.12.0001) 102

Cumprimento de Sentença

Expurgos inflacionários. Exigência de juntada de extrato bancário. Condição de poupador. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. (0800505-40.2014.8.12.0039) 054

Desapropriação

Forma de aquisição originária de propriedade. Ação de repetição de indébito tributário. Decreto expropriatório. Súmulas 162, 188 e 523 do Superior Tribunal de Justiça. (0800102-02.2016.8.12.0007)....455

Energia Elétrica

Princípio da dignidade da pessoa humana. Propriedade do imóvel. Serviço essencial. Resolução Normativa n.º 414, de 09.09.2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica. (0800503-36.2015.8.12.0039).....058

Execução de Alimentos

Ação de indenização por danos morais. Confusão entre homônimos. Erro na identificação do executado. Bloqueio indevido de valores. Conta bancária. (0804573-18.2012.8.12.0002) 617

Execução Fiscal

Sentença com *error in procedendo*. Sentença tornada sem efeito. Retorno dos autos ao primeiro grau. Correção do polo passivo da ação. Responsável tributário pessoa diversa. (0918875-05.2008.8.12.0001).....255

Fiança

Ação de despejo cumulada com cobrança de alugueis em desfavor do fiador. Exoneração da fiança. Mudança do locatário do imóvel. Fato conhecido do locador. Quebra dos deveres anexos. Princípio da boa-fé objetiva. (0814343-67.2014.8.12.0001).....208

Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN)

Ação anulatória de débito fiscal. Plano de saúde. Incompetência municipal de cobrança em outros municípios. Incidência no local do fato gerador. Multa de caráter confiscatório. (0806411-02.2013.8.12.0021) 302

Improbidade Administrativa

Ação civil pública. Inovação na matéria da defesa. Juntada de documentos extemporânea. Gozo de licença. Mandato classista. Ato perfeito acabo. (0810468-57.2012.8.12.0002) 603

Ação rescisória. Atos de improbidade administrativa. Juntada de documentos novos após autuação do processo. Art. 10, XIII, LEI 8.429/92. ART. 966, I, DO NCPC, *iudicium rescisorium*. (1410066-25.2015.8.12.0000) 113

Indenização por Danos Materiais e Danos Morais

Sequestro ocorrido dentro de *shopping center*. Sequestro relâmpago. Nexo de causalidade. Inexistência de culpa exclusiva da vítima ou culpa concorrente. Súmula n.º 130 do Superior Tribunal de Justiça. (0820662-85.2013.8.12.0001) 587

Indenização por Danos Morais

Publicação de vídeo em domínio eletrônico. Vídeo contendo fatos verídicos. Objeto de perícia. Direito da personalidade. (0053146-26.2012.8.12.0001) 043

Interdito Proibitório

Servidão. Poço artesiano particular. Código de Águas. 24.643 de 10 de julho de 1934. Artigos 34 e 35 do Decreto Ônus da prova. (0802789-76.2012.8.12.0011).....283

Direito Ambiental

Ação civil pública. Licença ambiental. Estação de rádio-base (ERB). Competência de regulamentação e fiscalização da União. Lei Estadual n.º 3.365/2007. Lei Estadual n.º 672/2015. Lei Federal 13.116/2015. Potencial lesivo. Licenciamento ambiental dispensado. (0816841-73.2013.8.12.0001).....359

Ação civil pública. Termo de ajustamento de conduta. Obrigação de recuperação de área degradada. Lei n.º 13.295/2016. Inscrição no Cadastro Rural. Implantação do Programa de Regularização Ambiental. (0001345-77.2008.8.12.0012).....598

Mandado de Injunção

Servidor público estadual. Lei complementar prevista no artigo 40, §4.º da Constituição Federal. Legitimidade do polo passivo do Presidente da República. R4epercussão geral. (1408226-43.2016.8.12.0000).....264

Mandado de Segurança

Licitação na Administração Pública. Edital de pregão presencial. Lei 8.666/93. Comprovação de qualificação econômico-financeira. Certidão negativa de débito municipal. (0802006-89.2014.8.12.0019).....276

Multa Ambiental

Ação anulatória de auto de infração de multa ambiental. Campo de pouso de aeronaves. Aplicação de defensivos agrícolas. Inexistência de prévia licença ou autorização. Princípio da insignificância. (0800017-79.2013.8.12.0020).....093

Notas Promissórias

Embargos à execução. Endosso póstumo. Vencimento em favor da ex-esposa. Pagamento de quota-parte da divisão de bens do casal. (0016994-13.2011.8.12.0001) 196

Plano de Saúde

CASSEMS. Inclusão do cônjuge também funcionário público. Beneficiário da associada titular. Possibilidade. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. (0800801-58.2015.8.12.0029) 258

Prisão

Prisão regular. Ato praticado não condizente com local público. Publicação de reportagem jornalística. *Animus narrandi.* Responsabilidade civil. (0803046-03.2014.8.12.0021) 658

Propriedade Intelectual

Ação de indenização por danos morais. Violação de direitos autorais. Transferência e apropriação de *know-how* sem autorização. Desenvolvimento de *software*. Concorrência. (0104201-26.2006.8.12.0001).....168

Representação Administrativa

Consumo de bebida alcóolica em evento. Art. 249 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Deveres inerentes à guarda. Menor de idade. Aplicação de multa. Parcelamento. (0804850-97.2013.8.12.0002) 391

Responsabilidade Civil

Ação de indenização por danos morais. Queda de brinquedo em estabelecimento comercial. Risco do empreendimento. Culpa exclusiva do consumidor. (0037457-78.2008.8.12.0001) 218

Erro médico. Atendimento em pronto-socorro. Culpa. Negligência. Imperícia. Presença de corpo estranho. Dano moral. (0800289-21.2013.8.12.0005).....424

Evento religioso. Morte de filho menor. Afogamento. Pensionamento até a idade média do brasileiro. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade extracontratual. (0046653-38.2009.8.12.0001) 335

Infecção hospitalar. Nexo de causalidade. Prestação de serviço médico. Infecção preexistente. Teoria da perda de uma chance. (0038281-95.2012.8.12.0001).....651

Responsabilidade Civil Estatal

Prisão ilegal. Erro judiciário não demonstrado. Responsabilidade subjetiva do Estado. Artigo 37, §6.º da Constituição Federal. Dolo ou fraude do magistrado não aventados. (0004218-28.2009.8.12.0008).....329

Responsabilidade civil objetiva do município. Queda em buraco que ocasiona morte do transeunte. Sinalização insuficiente. Afastada culpa exclusiva da vítima e culpa concorrente. Responsabilidade solidária da concessionária de serviço público. (0802543-46.2013.8.12.0011) 432

Royalties

Soja transgênica. Plantio. Comercialização. Tecnologia Monsato RR1 E Intacta RR2 PRO. Proteção de tecnologia. (1403242-16.2016.8.12.0000).....503

Saúde

Implementação de programa de assistência ventilatória não invasiva. Portadores de doenças neuromusculares. Multa diária. (1413333-05.2015.8.12.0000) 486

Seguro de Veículo

Contrato. Ação de cobrança de indenização securitária. Responsabilidade civil facultativa. Exclusão de cobertura para os ocupantes do veículo. Código de Defesa do Consumidor. (0004902-66.2012.8.12.0001) 272

Seguro de responsabilidade. Responsabilidade de empresa ferroviária. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco. Inobservância dos padrões de segurança. Responsabilidade extracontratual. (0500125-53.2005.8.12.0024) 634

Serviço de Assistência à Saúde

Serviço de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos Municipais de Campo Grande – SERVIMED. Restituição de valores descontados. Adesão obrigatória e compulsória. Violação constitucional. Inconstitucionalidade *incidenter tantum*. (0807633-94.2015.8.12.0001).....068

Servidor Público

Exoneração. Erro da administração pública. Boa-fé do servidor. Reposição ao erário. Interpretação errônea. Má aplicação da lei. Restituição do valor em dobro. (0002110-70.2007.8.12.0016) 645

Subsídio

Mandado de segurança. Procuradores autárquicos. Parcela constitucional de irredutibilidade (PCI). Lei Estadual n.º 4.492/2014. Princípio da isonomia. Súmula vinculante n.º 37 do Supremo Tribunal Federal. (1413468-17.2015.8.12.0000).....627

Telefonia Móvel

Indenização por danos materiais e morais. Golpe de recarga de celular. Operadora de celular. Bloqueio de saldo das recargas. Devolução de valores. Código de Defesa do Consumidor. Direito de arrependimento. Facilitação da prática de ato criminoso. (0810237-62.2014.8.12.0001).....479

Transporte Aéreo

Indenização por danos materiais e morais. *Check in* e embarque não autorizados. Bilhete adquirido com sobrenome de casada. Documentos pessoais que comprovam ser a mesma pessoa. Má prestação do serviço. (0831249-98.2015.8.12.0001).....443

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

Agravo em Execução Penal

Pedido de progressão ao regime semiaberto. Requisitos objetivos e subjetivos. Laudo criminológico desfavorável. Resolução do Conselho Federal de Psicologia n. 012/2011. Faltas disciplinares graves. Reincidência. (0039798-96.2016.8.12.0001).....829

Ameaça

Apelação criminal. Exclusão de agravantes não narradas na denúncia. Circunstâncias agravantes na denúncia. Artigo 385 do Código de Processo Penal. (0000778-92.2016.8.12.0003) 739

Apropriação Indébita

Levantamento de valores de cliente por advogado. Artigo 168 do Código Penal. Representação na Ordem dos Advogados do Brasil. Devolução do valor levantado na Justiça Trabalhista com juros e correção monetária. (0000295-36.2014.8.12.0002).....820

Colaboração Premiada

Negócio jurídico processual personalíssimo. Impugnação por delatado. Colaborador na organização criminosa. Lei 12.850/2013. (1413110-18.2016.8.12.0000) 782

Concussão

Exigência de quantia indevida. Valor exigido pela secretária do hospital. Atendimento particular. Comprovação de fato criminoso. (0000597-84.2013.8.12.0007) 698

Crime de Dano

Artigo 163, III do Código Penal. Dolo específico. Causar prejuízo ao bem público. Subtração de celular. Crime de roubo. teoria da *apprehensio ou amotio*. Regime prisional fechado. (0035083-45.2015.8.12.00010)..... 867

Dano Qualificado

Parede de cela destruída. Art. 163, parágrafo único, III do Código Penal. Violação do patrimônio público. Facilitação de fuga. Prejuízo ou dano ao erário. (0000274-73.2014.8.12.0030/50000).....708

Direito de Visita

Irmã do sentenciado. Motivação do diretor do estabelecimento prisional. Direito não absoluto. Processo de ressocialização do preso. (0009284-60.2016.8.12.0002).....719

Estatuto do Idoso

Pessoa idosa. Desdenhar. Humilhar. Menosprezar. Discriminar. Desclassificação. Crime de injúria. Confissão. Materialidade. Autoria. (0008494-63.2013.8.12.0008).....685

Estupro de Vulnerável

Paciente foragido há 06 (seis) meses. Artigo 366 do Código de Processo Penal. Suspensão da persecução criminal. Princípio da duração razoável do processo. (1400111-96.2017.8.12.0000).....749

Satisfação de lascívia mediante presença de criança/adolescente. Autoria e materialidade demonstradas. Palavra da vítima coerente. Ato libidinoso. Artigo 218-A do Código Penal. (0008536-96.2014.8.12.0002).....753

Favorecimento da Prostituição ou de Outra Forma de Exploração Sexual de Criança ou Adolescente ou de Vulnerável

Artigo 218-B do Código Penal. Habitualidade. Atividade sexual. Exploração sexual. Prostituição. Princípio da presunção de inocência. Regra do *in dubio pro reo*. (0003739-10.2015.8.12.0013) 859

Furto

Crime impossível. Tentativa de furto simples. Sistema de vigilância. Câmeras ocultas. Fiscais não identificados. Redimensionamento da pena base. (0002262-51.2016.8.12.0001).....775

Furto de botijão de gás. Paciente usuário de drogas. Revogação da prisão preventiva. Direito à liberdade de locomoção. Abuso de poder. Fixação de medidas cautelares alternativas. (1414126-07.2016.8.12.00000)....772

Furto de Energia. Princípio da insignificância. Grau de reprovabilidade da conduta. Estelionato. Justa causa. *Persecutio Criminis*. (0003501-74.2014.8.12.0029) 680

Imunidade Material Parlamentar

Manifestação de vereadora. Exercício do mandato. Elemento subjetivo. Artigo 29, inciso VIII, da Constituição Federal. Correspondência com o mandato parlamentar. (1401500-53.2016.8.12.00000)....842

Intervenção de Terceiros

Ordem dos advogados do Brasil. Assistência simples. Denunciação caluniosa. Advogado. Exercício da advocacia. Legitimidade do órgão de classe. (1400862-20.2016.8.12.0000).....744

Pesca Ilegal

Detenção. Prescrição da pretensão punitiva. Tempo entre recebimento da denúncia e sentença. Extinção da punibilidade. (0000074-13.2007.8.12.0030).....695

Remição da Pena

Estudo. Artigo 126 da Lei de Execução Penal. Ensino à distância por apostila. Atividade autorizada anteriormente pelo juízo. Compatibilidade entre horários de trabalho e estudo. (0033445-40.2016.8.12.0001)..... 838

Revisão Criminal

Acusado menor de 21 anos na data dos fatos. Atenuante de menoridade relativa. Redução pela metade do prazo prescricional. Extinção da punibilidade do agente. (1600783-57.2016.8.12.0000).....848

Roubo

Agravo em execução penal. Crime continuado. Crimes da mesma espécie. Tempo. Lugar. Execução. Similitudes. Unidade de desígnios. (0038194-03.2016.8.12.0001).....690

Crime majorado pelo emprego de arma de fogo. Concurso de pessoas. Subtração de celular. Subtração de veículo automotor. Desclassificação para receptação. Fronteira internacional que não foi transposta. (0001531-82.2013.8.12.0026).....800

Impróprio. Desclassificação para furto. Luta corporal. Objetivo de fuga. Assegurar a impunidade ou detenção da *res*. Emprego de grave violência ou ameaça. (0005682-15.2013.8.12.0019).....854

Testemunha do Juízo

Destituição de advogado para testemunha. Dever de recusa ou sigilo profissional. Artigo 7º, inciso XIX da Lei n. 8.906/94 (1409410-68.2015.8.12.0000) 723

Tráfico de drogas

Absolvição por inexistência de provas. Dados armazenados em telefone celular. Quebra de sigilo telefônico. Ausência de autorização judicial. (0002018-71.2016.8.12.0018) 763

Trancamento de Ação Penal

Denúncia contra vereador. Imunidade ao vereador. Abuso de poder. Atipicidade da conduta e imunidade. Tentativa de constrangimento ilegal. Conduta atípica. Falsidade ideológica. Subsidiariadade do Direito Penal (1400209-81.2017.8.12.0000).....791

Violação de Direitos Autorais

Venda de DVD´s falsificados. Violação de direitos autorais. Indústria fonográfica nacional. Princípio da insignificância e da adequação social. Redução para o mínimo legal. (0004898-89.2013.8.12.0002) 703